

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Rigorózní práce

**TEORIE ZTRÁTY ŠANCE A MOŽNOSTI JEJÍ
APLIKACE V ČESKÉM PRÁVU**

**LOSS OF CHANCE THEORY AND
POSSIBILITY OF ITS APPLICATION IN THE
CZECH LAW**

Konzultant: prof. JUDr. Jan Dvořák, CSc.

Zpracovatel: Mgr. Jitka Korejzová

květen 2014

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracovala samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány. Práce nebyla použita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 23. 6. 2014

Poděkování

Tímto bych chtěla poděkovat vedoucímu mé rigorózní práce prof. JUDr. Janu Dvořákovi, CSc. za odborné vedení a připomínky a své rodině za podporu a pomoc.

Obsah

1	Úvod do teorie ztráty šance	1
1.1	Úvod	1
1.2	Základní teoretická východiska	2
1.3	Historie	5
2	Teorie ztráty šance	10
2.1	Základní koncept	10
2.2	Teorie zabývající se problematikou dokazování příčinné souvislosti	10
2.2.1	Koncepce proporcionální odpovědnosti	10
2.2.2	„Lovecké“ případy	12
2.2.3	Res ipsa loquitur	12
2.2.4	Prima-facie	13
2.3	Újma na zdraví v českém právu	14
2.4	Míra důkazů a jejich hodnocení	16
2.5	Má šance tržní hodnotu?	19
2.6	Výpočet odškodného	22
3	Odpovědnost za újmu na zdraví v českém právu	24
3.1	Odpovědnost ve zdravotnictví	24
3.1.1	Občanskoprávní odpovědnost	24
3.1.2	Trestněprávní odpovědnost	29
3.2	Příčinná souvislost u trestněprávní odpovědnosti a občanskoprávní odpovědnosti	31
3.3	Znalecké posudky	32
3.4	Odpovědnost za náhodu	33
3.5	Otázka predispozic	34
3.6	Princip proportionality	35
3.7	Teorie ztráty šance v dosavadní judikatuře českých soudů	36
3.8	„Ztráta šance“ na lepší společenské uplatnění	39
4	K jednotlivým podmínkám odpovědnosti za škodu	41
4.1	Obecně	41
4.2	Protiprávní úkon	41

4.3	Újma	47
4.3.1	Definice újmy/škody	47
4.3.2	Náhrada nemajetkové újmy	48
4.4	Příčinná souvislost	52
4.5	Různá teoretická východiska příčinné souvislosti	57
4.5.1	Zásada gradace příčinné souvislosti	57
4.5.2	Faktická a právní kauzalita	58
4.5.3	Teorie adekvátnosti	59
4.5.4	Teorie ochranného účelu	59
4.5.5	Egg Shell Skull Rule (někdy také Thin Skull Rule)	60
5	Uplatnění teorie ztráty šance v dalších právních odvětvích	62
5.1	Možnosti aplikace v jiných oblastech	62
5.2	Oblast obchodních závazků	63
5.3	Pracovní právo	64
5.4	Veřejné zakázky	65
5.5	Profesionální nedbalost	66
5.6	Veřejné právo	69
5.7	Zásady UNIDROIT a Úmluva OSN o mezinárodní koupi zboží	69
5.7.1	UNIDROIT	70
5.7.2	Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (CISG)	71
6	Přístup soudů ve světě	73
6.1	Obecně	73
6.2	Spojené státy americké	76
6.3	Velká Británie	81
6.4	Austrálie	83
6.5	Německo	84
7	Judikatura mezinárodních evropských soudů	87
7.1	Evropský soudní dvůr	87
7.1.1	Pracovní právo	87
7.1.2	Oblast veřejných zakázek	90
7.1.3	Ztráta šance na přežití	92
7.2	Evropský soud pro lidská práva	94

8	Ztráta šance v Evropském deliktním právu	97
8.1	Snahy o kodifikaci evropského práva	97
8.2	Principy evropského deliktního práva	97
8.2.1	Conditio sine qua non	98
8.2.2	Alternativní příčiny	99
8.2.3	Neurčitá dílčí kauzalita	99
8.2.4	Prokazování škody	99
8.3	Evropský návrh společného referenčního rámce	100
9	Možné přínosy teorie ztráty šance	102
9.1	Zhodnocení teorie	102
9.2	Podmínky pro aplikaci teorie ztráty šance	106
9.3	Závěrem	108

Seznam použité literatury

Resumé

Seznam klíčových slov

1 Úvod do teorie ztráty šance

1.1 Úvod

Teorie ztráty šance nazývaná v zahraničních právních systémech nejčastěji jako *loss of chance doctrine* je předmětem zkoumání již několik desítek let. Přesto k ní však až doposud teorie ani praxe nezaujala jednoznačný postoj. Ačkoliv můžeme říci, že ve své podstatě není nijak komplikovaná a přinejmenším na první pohled se zdá spravedlivá, jde o poměrně složitý teoretický koncept, který v sobě zahrnuje problematiku zasahující do hmotného i procesního práva. Skrývá v sobě i řadu otázek souvisejících s morálkou, etikou a vztahem mezi lékařem a pacientem. Souvisí s otázkami příčinné souvislosti, institutem odpovědnosti za škodu a její náhradou a s úpravou dokazování. Obecně lze říci, že je jakousi alternativou klasického konceptu odpovědnosti za škodu v případech, kdy žalobce (poškozený) není bez dalšího schopen s jistotou prokázat příčinnou souvislost mezi porušením právní povinnosti žalovaného a vznikem škody. Jednoznačně definovat tuto doktrínu není snadné. Důvody spočívají jednak v tom, že od první zmínky tohoto konceptu v případě *Taylor proti Bradley*¹ z roku 1868 až do dnešního dne došlo v jejím chápání ke značnému vývoji, a jednak také v tom, že i jednotlivé právní řády ve světě k ní přistupují poněkud odlišně – teoreticky i prakticky. Některé právní řády ji využívají jako určitou berličku při prokazování příčinné souvislosti a v jiných jurisdikcích (včetně např. Evropského soudního dvora) je využívána zejména při výpočtu či ohodnocení vzniklé újmy. Přesto ji však můžeme přiblížit pomocí určitých charakteristických rysů.

Teorie ztráty šance umožňuje žalobci náhradu škody v případě zmaření či omezení možnosti lepšího výsledku, tedy v případě ztráty šance na lepší výsledek. Žalobce musí obvykle prokázat především nedbalost žalovaného, příp. jinou formu zavinění, a s tím související ztrátu šance. Výše odškodného se pak odvíjí od vyčíslení ony šance - téměř vždy se jedná o statistický údaj odpovídající pravděpodobnosti lepšího výsledku. Ústavní soud teorii popsal tak, že se podle ní *poměřuje či odhaduje*

¹ Případ *Taylor proti Bradley*, 39 N.Y. 129 (1868).

(estimate) pravděpodobnost dosažení určitých šancí, pokud by byl zvolen určitý postup, a reflektuje tyto šance, zda jsou vyšší nebo nižší než ty, které by bylo možno očekávat při nenarušeném či řádném chodu věcí. Jinak řečeno, vychází se z toho, jaké by v případě lékařského postupu lege artis byly statisticky šance (prognózy) na úplné vyléčení, úplné odvrácení smrti či prodloužení života pacienta o určitou dobu.²

Nejcharakterističtějším znakem je to, že žalobce nemusí prokázat stoprocentní příčinnou souvislost mezi chováním žalovaného a vznikem škody; musí ale prokázat, že nebýt takového chování žalovaného, měl by větší šanci na příznivější výsledek. Jinými slovy žalobce musí prokázat existenci možnosti lepšího výsledku a zároveň to, že tato možnost byla negativním způsobem ovlivněna (případně zcela zmařena) protiprávním chováním žalovaného.

Ačkoliv se koncept používá především v medicínském právu, bývá aplikován i v jiných odvětvích – např. ve vztazích mezi advokátem a klientem, kdy klient pocítuje jako svoji škodu zmařenou možnost úspěchu ve sporu, například proto, že jeho advokát zmeškal lhůtu k podání opravného prostředku, či nepodal žalobu před uplynutím promlčecí doby. Dále třeba také v právu týkajícím se obchodů na finančních trzích – např. odškodnění ztráty šance na lepší obchod, kdyby makléř prodal/nakoupil cenné papíry v jinou dobu či v jiném množství.

Text této práce byl dokončen ke dni 15. května 2014.

1.2 Základní teoretická východiska

Při aplikaci teorie ztráty šance dochází k určité modifikaci klasického pojetí příčinné souvislosti. Doktrína ztráty šance jej mění v tom smyslu, že dovoluje žalobci uspět s žalobou i v případech, kdy není schopen soud bez dalšího zcela přesvědčit o existenci příčinné souvislosti mezi protiprávním chováním škůdce a vzniklou újmou. To samozřejmě úzce souvisí s procesními standarty ohledně dokazování, platnými v příslušné jurisdikci. Systémy *common law* se vyznačují tím, že v civilních deliktech, tzv. *torts*, postačí prokázat pravděpodobnost určitých skutečností vyšší než 50 %, nicméně v České republice stanoví právní normy požadavek 100% soudcovského přesvědčení o zkoumaných skutečnostech. Dle teorie ztráty šance postačí dokázat

² Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

pouze to, že žalovaný svým jednáním připravil žalobce o určitou šanci, aby ke škodě nedošlo, či aby utrpěná újma nebyla tak závažná. Nemusí tedy prokazovat plnou odpovědnost škůdce za celou újmu. Hodně zde vypomáhá statistika - snaží se vyčíslit, v jakém rozsahu byl žalobce připraven o možnost získat prospěch či vyhnout se újmě. Je-li však vztah mezi příčinou a následkem příliš hypotetický, žalobce se svojí žalobou neuspěje ani při uplatnění této teorie. Nicméně zejména v oblasti medicínského práva je právě prokázání příčinné souvislosti složité a právě proto je v této oblasti teorie nejvíce využívána a její platnost uznávána.

Ani současná úroveň poznání lidského organismu neumožňuje s jistotou označit příčiny zdravotního stavu pacienta, či jaké faktory a do jaké míry tento stav ovlivňují. Především pak nelze přesně stanovit to, v jakém stavu by pacient mohl být v případě včasější diagnózy, jiného lékařského postupu, důkladněji provedené operace, atd. Ve světle výše uvedeného pak přichází na řadu právě otázka příčinné souvislosti. Nakolik je daný zdravotní stav pacienta výsledkem protiprávního jednání lékaře a nakolik je důsledkem předchozího poranění, nemoci, vrozených dispozic, či jiných neseznaných faktorů? Odpověď na tuto otázku má zásadní význam při vyčíslování odškodného. V klasickém konceptu odpovědnosti za škodu dostává žalobce v případě úspěšné žaloby náhradu celé škody (ve smyslu reparační, případně restituční funkce náhrady škody). V případě aplikace doktríny ztráty šance není hrazená celá újma, ale pouze její poměrná část rovnající se pravděpodobnosti, jakou se žalovaný svým chováním na vzniku celkové újmy podílel. Tedy například v případě, kdy soud za pomoci znaleckých posudků zjistí, že vinou nedbalého postupu lékaře ztratil žalující pacient 30% šanci na uzdravení, přizná poškozenému pacientovi náhradu nikoliv celé škody, ale také pouze 30 % její celkové výše. Zmařené 30% šanci odpovídá v podstatě i požadavek na prokázání příčinné souvislosti. Nemusí prokazovat, že nebýt nezákonného jednání lékaře, k újmě by nedošlo, ale že zde byla 30% šance na lepší výsledek. S 70% pravděpodobností by k újmě došlo, i kdyby lékař nepochybil, nicméně i ona 30% zmařená šance představuje určitou hospodářskou hodnotu, za jejíž ztrátu je možné požadovat odškodné. V uvedeném případě tedy soud vyhodnotil, že vztah mezi příčinnou, tj. nezákonným pochybením lékaře, a následkem, tj. újmou na pacientově zdraví, nebyl prokázán s 100% jistotou, ale pouze s 30% pravděpodobností.

Nicméně dle některých názorů teorie ztráty šance nepojednává o modifikaci nároku na prokázání příčinné souvislosti, ale stanovuje novou formu nahraditelné újmy – za škodu není považována samotná „primární“ škoda, tedy např. trvale poškozená mícha, ale ztráta šance mít nepoškozenou míchu. Někteří autoři mluví o ztrátě naděje. Například autoři srovnávací studie evropského deliktního práva³ uvádějí, že *možnost definice škody jako ztráty naděje spíše než ztráty zisku nebo skutečné škody může být dána jenom tehdy, má-li naděje ekonomickou hodnotu a je chápána jako chráněný zájem.*

Přidržíme-li se výše uvedeného příkladu, pak 30% ztracená šance je tedy právě onou škodou, jejíž náhradu žalobce uplatňuje. V odpovědnostní rovnici pak máme protiprávní chování lékaře, vzniklou škodu ve formě zmařené šance a příčinnou souvislost mezi těmito dvěma podmínkami. V tomto smyslu rozhodl v roce 2008 i vážený Nejvyšší soudní dvůr v Massachusetts⁴, nejstarší odvolací soud kontinuálně působící na severní polokouli, kdy konstatoval následující:

„Dle doktríny ztráty šance musí žalobce převahou svých důkazů prokázat, že lékař mu svojí nedbalostí způsobil újmu, která snížila pravděpodobnost lepšího zdravotního výsledku. Pravděpodobnost přežití je nezbytnou součástí zdravotního stavu pacienta. Jestliže nedbalost lékaře sníží nebo zcela zhatí pacientovy šance na přežití, utrpí pacient skutečnou škodu a přichází tak o něco, co má velkou hodnotu: šanci na přežití, šanci na uzdravení či šanci na dosažení jiného příznivého výsledku. Z těchto důvodů uznáváme koncept ztráty šance nikoliv jako teorii o příčinné souvislosti, ale teorii o újmě a škodě.“⁵

Soud v rozsudku dále uvedl, že uznáním doktríny ztráty šance se přiklání k většině států USA, které již o použití této teorie rozhodovaly. Důvodem je to, že základní cíle a principy deliktního práva musí být plně aplikovatelné i na moderní svět sofistikovaných lékařských diagnóz a léčebných postupů.

Jádrem teorie ztráty šance je tedy myšlenka, že pokud lze konkrétní šanci přisoudit určitou hodnotu a poškozený je o tuto hodnotu připraven vinou nedbalostního protiprávního jednání škůdce, pak by poškozený měl mít právo žádat

³ WINIGER B., KOZIOL H., KOCH B.A.: Essential Cases on Natural Causation . In: Digest of European Tort Law, Vol 1: Vídeň/New York: Springer 2007, s. 632.

⁴ Supreme Judicial Court.

⁵ Případ Matsuyama proti Birnbaum, 452 Mass. 1 (2008).

náhradu této ztráty. Zejména v případech zanedbání lékařské péče pro nás má jakákoliv šance na lepší výsledek velkou hodnotu. Prokazování příčinné souvislosti (případně skutečně utrpěné újmy) v této oblasti je však nepřiměřeně náročné, složité a mnohdy dokonce i objektivně nemožné. To je způsobeno nejen přísnými důkazními standarty, ale i sobě vlastní složitostí a nepředvídatelností fungování lidského organismu. Zdá se být tedy nespravedlivé, aby tuto nejistotu nesl vždy pacient a aby lékař byl v podstatě nepotrestatelný v případech, kdy nelze s jistotou (či s více než 50% pravděpodobností, jedná-li se o systém *common law*) prokázat, že právě jeho nedbalostní či dokonce úmyslné jednání vedlo či v určitém poměru přispělo ke vzniku pacientovy újmy. V právním systému *common law* by tak lékař nenesl žádnou odpovědnost kdykoliv, kdy by šance na lepší výsledek byla nižší než 50 %. Tedy v případě, kdy by do ordinace přišel pacient s rakovinotvorným nádorem, u něhož je pravděpodobnost vyléčení statisticky menší než 50%, by smrt pacienta nemohla být nikdy v příčinné souvislosti s nesprávným postupem lékaře, byť by jeho pochybení bylo jakkoliv hrubé. Úvahy podobného směru vedly tudíž k postupnému rozvoji teorie ztráty šance, která původně vznikla jako teorie pro náhradu škody v obchodních soukromoprávních závazcích.

1.3 Historie

Počátky konceptu teorie ztráty šance připomínají v některých ohledech koncept ušlého zisku tak, jak jej známe z obchodního práva. První zmínky lze sledovat již v případě *Taylor proti Bradley*⁶, který řešil New Yorský soud v roce 1868. Případ se týkal sporu mezi vlastníkem pozemku, který porušil svůj závazek přenechat užívání tohoto pozemku žalobci. Soudce si položil otázku, jakým způsobem lze vyčíslit škodu rovnající se ztrátě možnosti obhospodařovat danou půdu a tudíž i hypotetickou ztrátu zisku. Soud tehdy stanovil, že škoda, jejíž samotnou existenci žalobce prokázal, by měla být žalovatelná i v případě, kdy nelze jednoznačně vyčíslit její výši ani s určitostí prokázat její existenci, a žalobci přiznal odškodnění.

⁶ Případ *Taylor proti Bradley*, 39 N.Y. 129 (1868).

O více než čtyřicet let později případ zmínil britský soud ve věci *Chaplin proti Hicks*⁷. Škodu zde představovala ztráta šance vyhrát soutěž krásy, způsobená opomenutím pořadatele zaslat jedné účastnici pozvánku na setkání, které mělo být rozhodující pro výběr 12 finalistek z celkem 50 uchazeček. Soud prohlásil, že šanci na vítězství lze ohodnotit za pomoci statistiky a žalobkyni přičkl jednu čtvrtinu hodnoty odměny pro finalistky, tj. 25 %, což statisticky odpovídalo tomu, že každá čtvrtá uchazečka se stala finalistkou. Zajímavé přitom je, že její šance na úspěch hodnotil pouze statisticky – např. stejně jako by hodnotil šanci na výhru v loterii – bez jakéhokoliv přihlédnutí k jejím fyzickým či dalším předpokladům soutěž skutečně vyhrát.

V roce 1958 rozhodoval anglický soud případ *Kitchen proti Royal Airforce Association*⁸, ve kterém pozůstalá manželka žalovala svého právního zástupce za to, že díky jeho procesnímu opomenutí již nemůže žalovat náhradu škody ve vztahu ke smrtelné nehodě svého manžela. I když žalovaný právní poradce argumentoval tím, že spor o náhradu škody žalovaná tak jako tak mohla prohrát a k žádné újmě tedy nedošlo, soud měl jiný názor. Razantně odmítl argument, že žalobkyně musí dokázat, že by pravděpodobně spor o náhradu škody vyhrála. Konstatoval, že jestliže žalobkyně přesvědčí soud o tom, že v případě žaloby by měla vyhlídky na úspěch, pak je jen na soudu ohodnotit tyto vyhlídky s přihlédnutím ke všem případným problémům a možným potížím při neuskutečnění řízení. Nakonec tedy rozhodl, že žalobkyně ztratila šanci, kterou bezpochyby měla a jelikož jde o právo, které má určitou hodnotu, měla by být za takovou ztrátu odškodněna. Odvolací soud (*Court of Appeal*) rozhodnutí soudu prvního stupně potvrdil, a to i v částce odškodného, které soud přiznal ve výši GBP 2.000,-.

V případě, jenž řešil americký Nejvyšší soud v roce 1931⁹, bylo nově řečeno, že je-li žalobcova neschopnost doložit výši škody způsobená přečinem žalovaného, nemůže jít tento nedostatek ke škodě žalobce. Náhradu škody, jejíž výši nelze přesně vymezit, nelze z tohoto důvodu odmítnout; v opačném případě by měl nespravedlivě výhodné postavení žalovaný. V podobném duchu se neslo i další rozhodnutí ve věci

⁷ Případ *Chaplin proti Hicks*, 2 K.B. 786 (1911).

⁸ Případ *Kitchen proti Royal Airforce Association* [1958] 1 WLR 563.

⁹ Případ *Story Parchment Co proti Paterson Parchment Paper Company*, 282 U.S. 555, 563 (1931).

*Bangor Punta Operations, Inc. proti Universal Marine Co., Inc.*¹⁰, kde soud vyhodnotil, že žalobce může získat náhradu škody, lze-li její výši stanovit rozumným úsudkem, i když výsledkem je pouze odhad. Škůdce pak nemůže argumentovat domnělou nepřesností tohoto odhadu, je-li příčina v jeho chování.

Jak je vidět, na počátku svého vývoje se teorie ztráty šance zaměřovala spíše na potíže při stanovení výše škody. Účelem teorie tak bylo především zabránit tomu, aby těžko vyčíslitelná újma nebyla překážkou pro její možnou náhradu. V dalším vývoji však do popředí vystupuje především problematika příčinné souvislosti. Teorie je tak ve většině případů využívána především tam, kde mohou přísné požadavky na prokázání kauzálního nexu představovat překážku při uplatňování náhrad za škodu.

Jedním z nejčastěji citovaných případů je *Hicks proti Spojeným státům* z roku 1966¹¹. Ošetřující lékař nerozpoznal neprůchodnost střev, špatně diagnostikoval střevní chřipku a pacientku poslal domů. Když ji druhý den přivezla pohotovost v bezvědomí zpět do nemocnice, nepodařilo se ji už zachránit. Soud se nejprve zabýval otázkou, zda lékař při první návštěvě pacientky postupoval s řádnou péčí a zda postupoval v souladu s profesními standardy. Rozhodl, že i když neprůchodnost střev a střevní chřipka mají podobné příznaky, není možné, aby lékař po krátkém vyšetření diagnostikoval střevní chřipku, jestliže případná zaměnitelná neprůchodnost střev je velmi často smrtelná, není-li bez odkladu operována. Lékařovo jednání tedy bylo klasifikováno jako nedbalostní. Dále soud přistoupil k otázce příčinné souvislosti. Žalovaná strana (v tomto případě vláda Spojených států amerických, neboť se jednalo o zdravotní zařízení námořních sil USA), se snažila soud přesvědčit, že mezi smrtí pacientky a špatnou diagnózou neexistuje přímá příčinná souvislost, neboť není jisté, zda by přežila, i kdyby byla včas operována. Nicméně znalecké posudky soudce přesvědčily o opaku. V rozsudku se uvádí: „*Jestliže konání či opomenutí žalovaného mělo za následek zmaření šance na přežití, pak žalovaný není příslušný k tomu, aby vznášel domněnky týkající se pacientových šancí, které svým jednáním zmařil. Existovala-li nějaká podstatná šance na uzdravení a žalovaný ji zmařil, pak je odpovědným. Jen výjimečně je možné dokázat s úplnou jistotou, co by se stalo, kdyby škůdce nepochybil. Za těchto okolností právo nevyžaduje, aby žalobce*

¹⁰ Případ *Bangor Punta Operations, Inc. proti Universal Marine Co., Inc.*, 543 R. 2nd 1107 (1976).

¹¹ Případ *Hicks proti Spojeným státům*, (C.A.4, 1966), 368 F.2d 626, [citováno 12.8.2012], dostupné z: <<http://openjurist.org/368/f2d/626/hicks-v-united-states>>.

s určitostí prokázal, že pacientka by žila, kdyby byla hospitalizována a okamžitě operována“.¹²

Odvolací soud ve věci *Allied Maples Group Ltd proti Simmons & Simmons*¹³ částečně pozměnil závěry vycházející z výše uvedeného případu *Chaplin proti Hicks*. Jednalo se o převod podniku, který díky pochybení právních zástupců žalovaného nedopadl podle představ smluvních stran a žalobce byl povinen nést poměrně vysoké ztráty související s odpovědností za škodu vůči protistraně. Žalobce se snažil přesvědčit soud o tom, že kdyby jej jeho právní zástupci uvědomili o možných ztrátách souvisejících s neuskutečněním obchodu, požadoval by vůči druhé straně příslušné zajištění. Právní zástupci argumentovali tím, že i kdyby takovou radu žalobci dali, není jisté, zda by druhá strana požadované zajištění skutečně poskytla. Soud se spokojil s tím, že žalobce prokázal, že je více než pravděpodobné, že nebýt pochybení právních zástupců tak by skutečně došlo k jednání o poskytnutí požadovaných záruk, a že v tu dobu existovala podstatná šance na takové ujednání. Žalobci přiřkl odškodné za ztrátu této příležitosti. Dále soud poznamenal, že tento případ patří do kategorie případů, kdy žalobcova škoda závisí na hypotetickém jednání třetí strany, které působí buď spolu s jednáním žalobce, nebo nezávisle na něm a na tuto kategorii je možné aplikovat doktrínu ztráty šance. Tento přístup byl potvrzen soudy i v dalších případech týkajících se např. finančních ztrát v obchodních vztazích.¹⁴ Některé soudy dokonce aplikují teorii ztráty šance pouze tehdy, jestliže je škoda závislá na jednání třetí strany (nikoliv tedy žalobce či žalovaného), a soud tudíž považuje za nepřipustné rozhodovat na základě spekulací o hypotetickém jednání třetí strany.

V roce 1981 publikoval profesor Joseph H. King Jr. článek¹⁵, který lze považovat za zlomový okamžik ve vývoji teorie ztráty šance. Byl citován v mnoha případech zabývajících se možnostmi aplikace ztráty šance. V tomto článku profesor King mimo jiné uvádí:

¹² Viz předchozí poznámka.

¹³ Případ *Allied Maples Group Ltd proti Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602.

¹⁴ Např. *Coudert Brothers proti Normans Bay Ltd.* [2004] EWCA Civ 215 nebo *First Interstate Bank proti Cohen Arnold & Co* [1996] 1 PNL 17.

¹⁵ KING, J.H.: Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*, Vol. 90.

Ztráta šance na dosažení příznivého výsledku či vyhnutí se nepříznivému výsledku by měla být žalovatelná a poškozenému by za ni mělo náležet odškodnění. Otázka odškodnění by se neměla nést v duchu „všechno nebo nic“. Výchozí stav a předchozí podmínky musí být samozřejmě zohledněny při oceňování poškozeného zájmu. Nebyl-li nepříznivý výsledek zcela a bez dalšího zapříčiněn předchozími podmínkami, šance vyhnout se onomu neblahému výsledku by měla být odškodněna, a to i v případě, jestliže nebyla vyšší než 50 %.

K dalšímu vývoji doktríny ztráty šance docházelo napříč právními řády. Aplikovaly ji soudy ve Velké Británii, Kanadě, Austrálii, Jihoafrické republice, Francii, Itálii, Německu, Polsku a v dalších zemích. I když nelze říci, že se stala všeobecně přijímanou teorií, zdá se, že nějakým způsobem na ni byly nuceny reagovat soudy téměř po celém vyspělém světě - i když to, jakým způsobem na ní nahlízejí, se různí. Některé z nich omezily aplikaci ztráty šance pouze na oblast zdravotního práva, jiné dovolují její využití i v oblasti veřejných zakázek, pracovního práva, obchodních vztahů, atd. Avšak nejedná se pouze o judikaturu – teorii ztráty šance zohledňují i některé psané prameny práva. Najdeme ji například ve sbírce Principů evropského deliktního práva či v americkém *Restatement of Torts*. Jak je uvedeno v dalších kapitolách, v českém prostředí ji vzali na vědomí někteří akademici a zároveň na ni upozornil i Ústavní soud v jednom ze svých rozhodnutí z roku 2008¹⁶. Vývoj teorie tedy není zdaleka ukončen a nelze ani říci, že se ubírá jedním jasným směrem.

¹⁶ Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

2 Teorie ztráty šance

2.1 Základní koncept

Základní koncept teorie ztráty šance jsem nastínila již v úvodní kapitole této práce. Její podstata spočívá v přesvědčení, že ztráta šance na dosažení lepšího výsledku by měla být v určitých případech předmětem odškodnění. Při tom je ale nutné zohlednit míru, jakou se škůdce na vzniku celkové újmy pravděpodobně podílel. Odškodnění se pak poskytuje v poměru ke stanovené míře. Nehradí se tedy celá újma, ale jen její procentuální část. Tento zjednodušený koncept v sobě skrývá řadu teoretických otázek souvisejících s definicí pojmu újma či škoda, její formy, určitosti a předvídatelnosti, procesními standardy dokazování, a tak dále. V neposlední řadě jsou to také otázky související se spravedlností a úlohou práva ve vztazích mezi slabší a silnější stranou. Nicméně ve většině dosud posuzovaných případů i v odborných článcích je předmětem zkoumání teorie ztráty šance především příčinná souvislost. Důvodem je nejspíše skutečnost, že právě kauzální nexus a jeho prokazování je v případech odpovědnosti za škodu velmi často problematickým krokem. To platí dvojnásob v případě oblasti práva zdravotní péče, kde je teorie ztráty šance využívána nejčastěji.

2.2 Teorie zabývající se problematikou dokazování příčinné souvislosti

Otázka příčinné souvislosti je předmětem mnoha zajímavých teorií a konceptů, přičemž doktrína ztráty šance je pouze jednou z nich. Tyto koncepty se vyvíjely jak v kontinentálním, tak i v anglosaském právu.

2.2.1 Koncepce proporcionální odpovědnosti

K teorii ztráty šance má nejbližší koncept proporcionální odpovědnosti, který také řeší potíže s prokazováním příčinné souvislosti. Proporcionální odpovědností se rozumí „odpovědnost několika škůdců (*multikauzální* či *multidelikttní odpovědnost*), jednajících ve shodě nebo nezávisle na sobě za škodu, jež je zjištěná na základě pravděpodobnosti“.¹⁷

¹⁷ TICHÝ, L.: Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: TICHÝ, L. (ed.) et al.: Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod, s. 67.

Profesor Ken Oliphant ve své práci „*Anglické právo a proporcionální odpovědnost*“¹⁸ píše: „*Kde nemůže být tradičními prostředky prokázána příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním žalovaného a škodou nebo zraněním žalobce, umožňuje proporcionální odpovědnost takové částečné přiznání náhrady škody, aby zohlednilo pravděpodobnost, že protiprávní jednání žalovaného bylo příčinnou nebo jednou z příčin.*“

Společným znakem koncepce proporcionální odpovědnosti a doktríny ztráty šance je to, že obě teorie jsou postaveny na částečné odpovědnosti škůdce. Zásadně se však liší v tom, jak nahlíží na utrpěnou škodu. U proporcionální odpovědnosti je za škodu považována celá újma poškozeného - ta se pak proporcionálně dělí mezi škůdce a poškozeného, nebo mezi více škůdců; toto pojetí má velmi blízko k teorii ztráty šance tak, jak ji chápou mnozí odborníci na delikt ní odpovědnost – tj. jako koncept soustředící se především na příčinnou souvislost. Druhou možností je chápat teorii ztráty šance jako teorii operující s jinou formou škody. Za škodu je označována právě jen ona ztracená šance či příležitost, tedy jen poměrná část celé škody. Žalobce tedy musí dokázat jenom to, že jednání žalovaného je příčinou zmařené šance.

Konstrukce proporcionální odpovědnosti svojí charakteristikou připomíná společnou odpovědnost více škůdců, tj. solidární odpovědnost, upravenou v dřívějším § 438 a násl. a nynějším § 2915 nového občanského zákoníku. Podstatný rozdíl ale spočívá v tom, že jak v případě proporcionální odpovědnosti, tak i v případě ztráty šance je odpovědnost dělena proto, že není reálně možné najisto určit příčinnou souvislost mezi jednáním poškozeného (případně dalšími faktory) a vzniklou újmou. U klasické společné odpovědnosti nebývá prokázání příčinné souvislosti problémem; v procesním řízení je za pomoci důkazních prostředků zjištěno, že škodu způsobili škůdci svým společným jednáním. Dalším krokem je pak určení, jakou měrou se každý škůdce na celé škodě podílel.

Nová úprava v § 2915 dopadá i na situace, kdy újma mohla být způsobena více škůdci a nelze jednoznačně určit, který z nich ji skutečně způsobil. Důkazní situace v souvislosti s prokazováním příčinné souvislosti je usnadněná tím, že tito potencionální škůdci jsou zavázáni k náhradě společně a nerozdílně, jestliže se dopustili samostatných

¹⁸ OLIPHANT, K.: Anglické právo a proporcionální odpovědnost. In: TICHÝ, L. (ed.) et al.: Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod, s. 30.

protiprávních činů, z nichž každý mohl způsobit škodlivý následek s pravděpodobností blížící se jistotě.

Proporcionální příčinná souvislost představuje střední cestu v případech, kdy by nebylo spravedlivé požadovat po žalovanou náhradu celé újmy a zároveň jestliže by bylo stejně nespravedlivé zbavit jej jakékoliv odpovědnosti jen proto, že nelze s určitostí prokázat kauzální nexus.

Institut proporcionální odpovědnosti je využíván např. v Anglii, Walesu, Rakousku či Nizozemsku.

2.2.2 „Lovecké“ případy

Další formou alternativní odpovědnosti jsou případy, které zahraniční právní literatura zná jako tzv. *hunters cases*. Ukázkovým případem je *Summers proti Tice* z roku 1948¹⁹, ve kterém Kalifornský Nejvyšší soud (*Supreme Court*) řešil následující situaci: Tři lovci se vydali na lov křepelk. Postupovali v trojúhelníkové formaci, přičemž žalobce pan Summers byl uprostřed a oba žalovaní šli po stranách. V okamžiku, kdy panu Summersovi vzlétla nad hlavou křepelka oba žalovaní vystřelili a jeden z výstřelů poranil panu Summersovi oko. Bylo tedy jisté, že škodu způsobil buď jeden, nebo druhý žalovaný, nikoliv společně – nebylo však možné s určitostí prokázat, který z nich to byl. Soud nakonec uznal odpovědnými oba žalované a přitom konstatoval:

*„Jednalo-li více žalovaných v nedbalosti ve shodě a újma je způsobena jedním z nich, jsou oba odpovědni za způsobenou škodu v případě, že žalobce není schopen prokázat, který z nich škodu ve skutečnosti způsobil.“*²⁰

Jelikož není v moci žalobce prokázat, který z žalovaných byl vlastně škůdcem, obrací se důkazní břemeno a je na každém ze žalovaných, aby prokázal, že on škodu svým nedbalým jednáním nezpůsobil.

2.2.3 *Res ipsa loquitur*

Latinská fráze *res ipsa loquitur* - věc hovoří sama o sobě - označuje situaci, kdy okolnosti případu jsou na první pohled natolik jasné, že nedbalost žalovaného se

²⁰ Případ *Summers proti Tice*, 33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1 (Cal. 1948).

předpokládá, jelikož je zřejmé, že škoda nemohla být způsobena jinak než nedbalostí jiné osoby; a to i v případě, že ji nelze běžnými důkazními prostředky prokázat. Přitom je ale nutné zohlednit následující podmínky:

- 1) předpokládaná nedbalost – poškozený musí utrpět takový druh újmy, která se běžně neobjevuje bez nedbalosti jiné osoby;
- 2) výlučná kontrola žalovaného – škoda musí být způsobená nástrojem nebo okolnostmi, které byly pod výlučnou kontrolou žalovaného;
- 3) neexistence spoluzavinění z nedbalosti – absence nedbalostního jednání na straně žalobce, které by mohlo podstatným způsobem přispět ke vzniku újmy.

Některé americké státy uplatňují *res ipsa loquitur* v případech, kdy jsou důkazní prostředky ve sféře škůdce a pro poškozeného se stanou prakticky nedostupné. Mezi praktické příklady uplatnění teorie *res ipsa loquitur* patří například situace, kdy škoda byla způsobena vinou zborcení tribuny na ragbyovém zápase, či při zřícení výtahu, nebo nehodou na staveništi.

Tento koncept sice není používán z důvodu nejistoty ohledně příčinné souvislosti, ale spíše naopak. Tedy tam, kde prokazování příčinné souvislosti je jen formální. Během svého výzkumu jsem nenarazila na žádný rozsudek českého soudu, který by se k této koncepci nějakým způsobem vyjádřil, nebo ji výslovně zmínil.

2.2.4 Prima-facie

Latinský výraz *prima-facie* v doslovném překladu znamená „na první pohled“ a označuje situaci, kdy se určitá okolnost či skutečnost zdá být na první pohled zřejmá a evidentní. Svým konceptem připomíná *res ipsa loquitur*. Nejčastěji se užívá ve spojení s důkazem či případem jako takovým. Tzv. *prima-facie case*, označuje případ, kde je naplnění všech charakteristických znaků natolik zřejmé, že dochází k modifikaci důkazních standardů.

Prima-facie důkaz je takový důkaz, který prostřednictvím určitých základních fakt podává dostatečné svědectví o tvrzené skutečnosti a pokud ji protistrana nevyvrátí, považuje ji soud za prokázanou. Např. dívka je se svým milým na pouti, jde na kolotoč a utrhne se s ní sedačka. Dívka má kromě menších poranění také zlomenou nohu. Zdá se být zřejmé, že utržená sedačka musí být důsledkem nedbalosti provozovatele

kolotoče, protože za normálních okolností se sedačka neutrhne. Taková nedbalost by tedy mohla být považována za *prima-facie* skutečnost. Provozovatel by samozřejmě měl možnost prokázat opak, například že řetěz u sedačky záměrně přerezal žárlivý bývalý přítel dívky. České soudy ve své rozhodovací činnosti toto spojení explicitně nepoužívají, nicméně v souladu s § 121 Občanského soudního řádu pracují s tím, že obecně známé skutečnosti není třeba právě pro jejich zjevnost před soudem dokazovat.

2.3 Újma na zdraví v českém právu

Při úvahách o smyslu teorie ztráty šance narazíme na otázku, zda je vůbec reálné, aby v medicínském právu byla s naprostou určitostí prokázána příčinná souvislost mezi zdravotním stavem pacienta a postupem lékaře. Složitost lidského organismu a nemožnost jeho dokonalého poznání za současného stavu vědy vede k tomu, že takový úkol se zdá být značně neproveditelný. Postavíme-li se ale na místo poškozeného pacienta, není snadné smířit se s tím, že právě tato nemožnost má vést k tomu, že ošetřující lékař nemůže být shledán odpovědným za špatně provedený zákrok či nevhodně stanovenou léčbu. Tuto obtížnost vzal na vědomí i Ústavní soud ČR: „Určovat v lékařských postupech jednoduchý vztah příčiny a následku je samo o sobě velmi obtížné... I v případě aktivního jednání lékaře, který zvolí určitý léčebný postup, je velmi obtížné, ba vyloučené stanovit, zda tento postup byl nade vší rozumnou pochybnost jedinou možnou příčinou škodlivého stavu, který nastal. O to obtížnější je to v případě opomenutí, kdy lékař nezvolí postup, který na základě soudobých a dostupných znalostí lékařství zvolit mohl a měl. Prokázat, že právě a pouze toto opomenutí tvoří se škodlivým důsledkem ničím nenarušený vztah, je v podstatě nemožné. V důsledku toho je výrazně oslabeno postavení poškozeného.“²¹

Ačkoliv tedy poškozený pacient má právo na odškodnění v případě, že mu ošetřující lékař svým protiprávním chováním způsobil újmu na zdraví, může se toto právo často jevit jen jako prázdný pojem, jelikož jej ve většině případů nelze uplatnit – žalobce neunese své důkazní břemeno. Nebylo by tedy spravedlivější, kdyby tento deficit šel spíše na úkor silnější strany, tj. lékaře či zdravotnického zařízení?

Je obecně známé, že případy zanedbání lékařské péče nejsou před českými soudy příliš časté. Důvody se zdají být nasnadě. Jedním z nich je určitě poměrně nízká

²¹ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 12.8.2008, sp. zn. I.ÚS 1919/08.

úspěšnost žalob, odůvodněná složitostí dokazování. Prokázat, že újma na pacientově zdraví je v příčinné souvislosti s pochybením lékaře, není vždy snadné, spíše naopak – téměř vždy se jedná o velmi složitý a náročný úkol, jehož těžiště spočívá ve shromažďování a vyhodnocování důkazů. V lékařské vědě je ještě mnoho neznámých, a ani ten nejlepší lékař nedokáže vždy identifikovat jedinou příčinu zdravotního stavu pacienta, nebo dané příčiny od sebe jednoznačně oddělit a specifikovat jejich podíl či vzájemný vztah. Kromě příčinné souvislosti je třeba dokázat i to, že při poskytování zdravotní péče došlo k pochybení lékaře, spočívajícím například ve špatné diagnóze, nesprávně zvolené léčbě či špatně technicky provedeném zákroku. Dalším důvodem mohou být i poměrně nízké částky odškodnění, jejichž důvodem jsou doposud platné tabulky a body stanovované ministerstvem zdravotnictví. Po všech útrapách počínajících často nevratným poškozením zdraví a bolestmi a vleklým soudním řízením spojeným s nemalými finančními náklady, si pak žalobce jistě často klade otázku, zdali mu to vůbec stálo za to. Zvláště když samotný lékař – tedy pouhý zaměstnanec zdravotnického zařízení - nemusí být v konečném důsledku za újmu odpovědný a finanční postih jde za jinak třeba dobře fungujícím zdravotnickým zařízením.

Ačkoliv žaloby na lékaře, zdravotnická zařízení a jiné fyzické či právnické osoby poskytující zdravotní péči jsou v porovnání se zahraničím spíše výjimkou, přesto lze vysledovat jejich vzrůstající tendenci. Můžeme předpokládat, že jejich počet bude narůstat. Důvodů lze identifikovat hned několik. Tím prvním bude jistě nový občanský zákoník, který jednak ruší tabulkové odškodnění a jednak nabízí novou úpravu odpovědnosti za škodu. Zavádí nové instituty a z úpravy je patrný také celkový důraz na rozšiřování práv pacienta a možností jeho aktivního podílení se na léčbě. Jak velký vliv bude nová právní úprava mít, ukáže až praxe. Dalším důvodem může být také narůstající sebevědomí pacientů, kteří jsou čím dál častěji ochotni vstupovat do právních sporů s poskytovatelem zdravotní péče. Pokud dříve lékař vystupoval jako kvalifikovaná autorita, jejíž jednání se nehodí zpochybňovat, dnes je situace jiná. Pacient se čím dál tím více cítí jako platící zákazník, který má právo na tu nejlepší péči a pakliže se mu jí z nejrůznějších důvodů nedostane, dává to hlasitě najevo a nebojí se bránit svá práva i soudní cestou.

Poškozeného pacienta nejvíce odrazuje jeho poměrně složité procesní postavení. Musí přesvědčit soud o existenci protiprávního jednání žalovaného, vzniku škody a

příčinné souvislosti. Na rozdíl od amerického práva ale nestačí soud přesvědčit s více než 50% pravděpodobností. Náš právní řád stanoví přísnější míru důkazů, jak je popsáno v následující kapitole.

2.4 Míra důkazů a jejich hodnocení

Soud se při hodnocení důkazů musí řídit zásadou volného hodnocení důkazů. Ta znamená, že soud hodnotí důkazy *podle své úvahy, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo za řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci*. Princip rovnosti účastníků mu dále ukládá povinnost přihlížet *ke všemu, co vyšlo za řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci* (§ 132 občanského soudního řádu).

Důkazní břemeno zakládá povinnost žalobce či žalovaného dokázat určitou skutečnost. Pokud účastník řízení své důkazní břemeno neunes, spor prohraje. Obecně lze říci, že důkazní břemeno nese ta strana, která něco tvrdí, nejčastěji tedy žalobce. Důvodem je skutečnost, že je obecně snazší dokázat, že se něco stalo, než že se to nestalo. To však neplatí ve všech případech. V některých situacích náš právní řád umožňuje přenesení důkazního břemene na žalovaného, čímž se snaží vyrovnat procesní situaci stran v případě, kdy pozitivně prokázat existenci určité okolnosti se pro slabší stranu ve sporu jeví jako příliš složité. Je tomu tak u žalob týkajících se diskriminačního zacházení dle § 133a občanského soudního řádu²² - to, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení je v takových případech povinen dokázat žalovaný. Jestliže určité, pro spor důležité skutečnosti nejsou před soudem prokázány a soud tudíž po zhodnocení důkazů není schopen přijmout závěr o jejich pravdivosti, musí rozhodnout v neprospěch strany nesoucí důkazní břemeno.

Sám Ústavní soud připustil, že určité situace umožňují slevit z přísně nastavených důkazních nároků. Svůj názor vyslovil v souvislosti s živelní pohromou, nicméně požadavky na rozumnou a spravedlivou aplikaci právních norem je aktuální i v jiných situacích.

Nelze srovnávat důkazní nároky v situaci běžné s nároky v situaci mimořádné. Unesení břemene důkazního (např. skrze předložení kvalifikovaného znaleckého posudku) je v situaci po živelní pohromě obrovských rozměrů velice obtížné a

²² Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

*požadavek tohoto druhu je dokladem nerozumného výkladu práva opírajícího se jen o gramatická vyjádření právních norem bez přihlédnutí k tomu, že každý výklad právní normy a její aplikace musí usilovat o rozumné a spravedlivé řešení. Rovnost před zákonem, jako princip spojený s podstatou právního státu, vyžaduje, aby stejně byly posuzovány jen případy stejné, zatímco nestejné případy musí nalézt sobě odpovídající spravedlivé řešení, které nemůže být stejné.*²³

Ve vztahu k dokazování prostřednictvím nepřímých důkazů se vyjádřil i Nejvyšší soud, a to v tom smyslu, že není možné bezvýhradně trvat na stoprocentní jistotě, ale že postačí velká míra pravděpodobnosti.

*V civilním řízení nelze učinit závěr, že nebylo uneseno důkazní břemeno proto, že skutečnost nebyla provedenými důkazy prokázána nade vší pochybnost. Pro závěr, že soud má určitou skutečnost za prokázanou, dostačuje, aby předmětný skutkový závěr bylo možné s velkou mírou pravděpodobnosti připustit. Protože v civilním řízení neplatí zásada in dubio pro reo, nemusí nepřímé důkazy tvořit zcela uzavřenou soustavu, která nepřipouští jiný skutkový závěr než ten, k němuž soud došel, nýbrž dostačuje, jestliže nepřímé důkazy s velkou mírou pravděpodobnosti k tomuto závěru (na rozdíl od možných závěrů jiných) vedou.*²⁴

O teorii stoprocentní jistoty hovoří profesor Luboš Tichý²⁵. Mimořádně vysoké nároky na dokazování v českém právu v podobě *conditio sine qua non* chápe jako příliš hrubý nástroj k prokazování. Podle jeho názoru je současně nastavená míra důkazů v rozporu s účelem deliktní odpovědnosti, kterým je především prevence. Navrhuje revizi prokazování příčinné souvislosti a zavedení moderních teorií, tj. jemnějších nástrojů, které již fungují v jiných státech. Mezi ně řadí i teorii ztráty šance a alternativní kauzalitu.

V *common law* systému je v civilním řízení dostačující prokázat tvrzenou skutečnost na 51 %; postačí tedy, je-li pravděpodobnější, že skutečnost se stala, než nestala. Jedná se o míru důkazů "*on the balance of probabilities*" či "*preponderance of*

²³ Nález Ústavního soudu ze dne 5. března 2009, sp. zn. II. ÚS 281/09.

²⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 4. 6. 2008, sp. zn. 28 Cdo 1938/2008. K tomu ale srovnej vysvětlení pojmu nepřímý důkaz v právnickém slovníku HENDRYCH, D.: Právnícký slovník, 3. vyd. Praha, 2009. *Všechny nepřímé důkazy přitom musí tvořit ve svém souhrnu logickou, ničím nenarušenou a uzavřenou soustavu vzájemně se doplňujících a na sebe navazujících nepřímých důkazů, které vcelku shodně a spolehlivě dokazují skutečnosti, jež jsou v takovém příčinném vztahu k dokazované skutečnosti, že z nich je možno vyvodit jen jediný závěr a současně vyloučit možnost jiného závěru.*

²⁵ TICHÝ, L. Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: TICHÝ, L. (ed.) et al.: Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod, s. 66 a 67.

probability". Podstatně přísnější je dokazování v trestním právu, kdy je vyžadován důkazní standart *"beyond reasonable doubt"*, tedy o skutečné existenci zkoumané skutečnosti by neměl mít soud žádné pochybnosti. Přiřadit tomuto pojmu číselný údaj v procentech dle mého názoru není zcela možné. Na toto téma existuje plno teoreticko-filosofických úvah a rozborů zabývajících se otázkou, zda k tomu, aby soudce byl přesvědčen o dané věci bez rozumných pochybností je zapotřebí obecně 100% pravděpodobnost dané skutečnosti, či zdali se tento údaj liší v závislosti na povaze projednávaného případu, apod. Nicméně nejčastěji bývá uváděno 98 % či 99 %.

O důkazních teoriích zajímavě pojednává profesor Reinhard Greger ve svém příspěvku *Hodnocení důkazů a míra důkazů*²⁶. Nastiňuje rozdíl mezi stoprocentní absolutní pravdou, která v podstatě neexistuje, neboť poznat ji je schopna jenom nadpozemská vševědoucí instance, a subjektivní pravdou, která je pouze jakýmsi přesvědčením o pravdě, tedy vnitřním stavem člověka. Zabývá se také otázkou rozdělení důkazního břemene, respektive tvrdostí spojenou s požadavkem plně přesvědčit soudce o své pravdě. Profesor Greger uvádí:

*„Pro procesní stranu, která má povinnost předložit důkazy, tedy zpravidla pro žalobce, představuje vysoká míra důkazů za určitých okolností nespravedlivou tvrdost; zatímco žalobce plně nese břemeno zjištění skutkového stavu, druhá strana se může omezit na to, aby soudci zamezila v tvorbě přesvědčení. To se může rovnat dělbě důkazního břemene v poměru 100:1.“*²⁷

Požadovaná míra důkazů je pro žalobce v každém soudním sporu rozhodující pro to, zda ve sporu uspěje či nikoliv. Je tedy důležité, zda mu právo ukládá povinnost soudce o své pravdě plně přesvědčit na oněch subjektivních 100 % (resp. 98 % či 99 %), či zda postačí, aby svoji věc prokázal „jenom“ s 51% pravděpodobností. První varianta se může zdát jako nespravedlivě přísná, ale je třeba si na druhou stranu uvědomit, že v druhém případě zase na každých 100 případů připadne 49 žalovaných, kteří jsou odsouzeni nespravedlivě – alespoň přidržíme-li se statistiky. Další možností, kterou uvádí profesor Greger a kterou nastínili i jiní právní teoretici je to, aby subjektivní míra důkazů spojená s přesvědčením soudce o pravdě byla nahrazena objektivními pravděpodobnostními hodnotami. Podle tohoto návrhu by prokázaný

²⁶ GREGER R. Hodnocení důkazů a míra důkazů. In: TICHÝ, L. (ed.) et al.: Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod, s. 69 a násl.

²⁷ Viz předchozí poznámka, str. 70.

stupeň pravděpodobnosti odpovídal proporcionálně i výši náhrady. Kdyby bylo zavinění prokázáno řekněme na 30 %, respektive 75 %, byla by i soudem přiznaná náhrada škody 35 %, respektive 75 %. To s sebou ale nese oprávněné obavy z nárůstu žalob, neboť i pouhá 10% pravděpodobnost zavinění by pro žalobce znamenala 10% odškodnění, což při vyšších částkách může znamenat značný finanční obnos. Profesor Greger dochází k závěru, že „není možné, aby subjektivní míra důkazů spojená s přesvědčením soudce o pravdě byla nahrazena objektivními pravděpodobnostními hodnotami.“²⁸

Proporcionálním přiznáním náhrady škody připomíná výše uvedená koncepce i způsob odškodňování uplatňovaný u doktríny ztráty šance. I tam je náhrada škody stanovena procentním údajem. Je koncipována tak, že poměrně odpovídá velikosti šance, kterou poškozený měl, ale v důsledku chování škůdce ji ztratil. Nestanovuje pravděpodobnost zavinění celé škody; za škodu považuje šanci, o kterou poškozený marně přišel. Příčinná souvislost je pak otázkou vztahu mezi takto formulovanou škodou a jednáním žalovaného.

2.5 Má šance tržní hodnotu?

Otázka prokazování, zda skutečně nějaká šance existovala, jak byla velká a jaký vliv na ni mělo nezákonné počínání lékaře, je podrobněji nastíněna v jiných kapitolách této práce (zejména 3 a 5). Existence škody je jednou z nezbytných podmínek institutu odpovědnosti za škodu. Při rozhodování o škodě a její výši soudy často odkazují na stanovisko Nejvyššího soudu ČR z roku 1970, které k definování škody uvádí následující:

*„Za škodu se v právní teorii i praxi považuje újma, která nastala v majetkové sféře poškozeného, a je objektivně vyjádřitelná všeobecným ekvivalentem, tj. penězi. Skutečnou škodou je nutno rozumět takovou újmu, která znamená zmenšení majetkového stavu poškozeného oproti stavu před škodnou událostí a která představuje majetkové hodnoty, jež je třeba vynaložit k uvedení věci do předešlého stavu (stanovisko bývalého Nejvyššího soudu ČSSR Cpj 87/70, publikované pod č. 55 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, ročník 1971)“.*²⁹

²⁸ Viz předchozí poznámka, str. 75.

²⁹ Stanovisko bývalého Nejvyššího soudu ČSSR Cpj 87/70, publikované pod č. 55 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, ročník 1971.

Pojem "šance" má v doktríně ztráty šance zvláštní význam. Nejprve se nabízí otázka, co to vlastně šance je. Zajímavě se k ní vyjadřuje Jiří Kmec ve svém článku³⁰: „*Představíme-li si pomyslnou úsečku, na jejímž jednom konci trůní „absolutní“ jistota existence příčinné souvislosti a na konci druhém si hoví „absolutní“ jistota neexistence takové příčinné souvislosti, pak všude mezi těmito dvěma krajními polohami je nějaká šance.*“ Drobné nuance by se daly nalézt také v různých významech slov „šance“, „pravděpodobnost“, či „příležitost“.

Otázka, zda šance jako taková má tržní hodnotu je pro porozumění doktríny ztráty šance zásadní. Jak poukazuje Tory A. Weigand ve svém článku³¹, existují názory, že jakákoliv šance kterou lze koupit a prodat na trhu má svojí hodnotu a tudíž může být předmětem náhrady škody. Tak například pokud si koupím loterijní los, kupuji si vlastně šanci v loterii vyhrát. Pokud by mi z nějakého důvodu bylo zabráněno účastnit se loterie, zřejmě by nestačilo dokázat, že bych byla vyhrála a že jsem tudíž byla připravena o výhru jako takovou; naopak snadno bych asi dokázala, že se ztrátou losu jsem ztratila šanci na výhru. Soud by nicméně takovou šanci zřejmě za hodnou odškodnění nepovažoval.

Tržní hodnota je v podstatě částka, na níž se shodne prodávající a kupující. U výše uvedeného příkladu loterijního losu, má tedy například šance na výhru milionu korun tržní hodnotu 10 Kč, neboť to je cena losu, kterou je kupující ochoten zaplatit a prodávající ochoten přijmout. Nebudu se teď zabývat dalším možným pohledem, kterým podle mého názoru může být to, že oněch 10 Kč je cenou za hru, tedy za jakousi poskytovanou službu. Částku platím nikoliv jako cenu za šanci na výhru ale jako cenu za jakýsi zážitek, adrenalin. Lze ale hovořit například o tržní hodnotě šance na uzdravení například při rakovině žaludku? Dostáváme se zde na poměrně tenký led etiky a morálky. Ačkoliv se nám zprvu chce odpovědět záporně, otázka jistě stojí za hlubší zamyšlení (a to zejména v době široké společenské debaty na téma reformy veřejného zdravotnictví a poskytování nadstandardní péče). Bez pochyby lze říci, že lepší zdravotní péči, lepší doktory a tudíž větší šanci na uzdravení koupit lze (mám na

³⁰ KMEC, J.: Ztráta (reálných) šancí: co to je? [online] [citováno 12. 4. 2013], dostupné z <<http://jinepravo.blogspot.com/2008/11/ztrta-relnch-anc-co-to-je.html>>.

³¹ WEIGAND, T.A. Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution. In: Massachusetts Law Review, Summer 2002. [online]. [citováno 12.08.2013], dostupné z: <http://www.morrisonmahoney.com/publications/MLR_LossChance.pdf>.

mysli například soukromá specializovaná zdravotní zařízení, cestování na zahraniční kliniky, možnosti využití experimentálních léčebných metod, pozornost předních specialistů, atd....). Problém nabývá na složitosti.

Otázkou však zůstává, co je vlastně škodou, jejíž existenci musí poškozený v rámci institutu odpovědnosti za škodu prokázat. Může šance, potažmo její ztráta, představovat škodu jako takovou? A v jaké míře a formě by měla být taková újma odškodněna? Jak je již krátce nastíněno v úvodu této práce, nabízí se dvě možnosti: újmou je ztracená šance, příležitost, tj. určitá možnost předejít nepříznivému následku. Druhou možností je pak jako újmou chápat samotné poškození zdraví, např. ochrnutou končetinu, nefungující ledvinu, osleplé oko a podobně.

Jelikož v případech zanedbání lékařské péče je majetková újma podružná (pokud vůbec vznikla), jedná se hlavně o újmu imateriální – tj. vytrpěné bolesti, duševní útrapy a další nemajetkové újmy. Podle staré úpravy (§ 444 občanského zákoníku) se nemajetková újma odškodňovala jednorázově. Vyhláška Ministerstva zdravotnictví a Ministerstva práce a sociálních věcí o odškodnění bolesti a ztížení společenského uplatnění³² určovala výši náhrady v jednotlivých případech poškození zdraví. Ačkoliv uvedená vyhláška byla s účinností nového občanského zákoníku zrušena, její systematika a zkušenosti z jejího užívání byly využity při přípravě nezávazné Metodiky Nejvyššího soudu k náhradě nemajetkové újmy na zdraví.³³ O tom, jak žalostně nízká byla hodnota jednoho bodu a jak problematické bylo jakékoliv navyšování odškodnění, toho již bylo napsáno mnoho. Nový občanský zákoník náhradovou vyhlášku zcela zrušil. V § 2958 uvádí, že *při ublížení na zdraví odčiní škůdce újmu poškozenému peněžitou náhradou, vyvažující plně vytrpěné bolesti a další nemajetkové újmy; vznikla-li poškozením zdraví překážka lepší budoucnosti poškozeného, nahradí mu škůdce i ztížení společenského uplatnění. Nelze-li výši náhrady takto určit, stanoví se podle zásad slušnosti.*

Další, neméně složitou otázkou pak je to, jak velká šance nám byla odňata chybným postupem lékaře. Je rozdíl, jestli pacient například v důsledku chybné diagnózy a pozdní léčby přijde o jakoukoliv šanci na uzdravení, nebo jestli se jeho

³² Vyhláška Ministerstva zdravotnictví a Ministerstva práce a sociálních věcí č. 440/2001 Sb., o odškodnění bolesti a ztížení společenského uplatnění.

³³ Metodika Nejvyššího soudu k náhradě nemajetkové újmy na zdraví (bolest a ztížení společenského uplatnění podle § 2958 občanského zákoníku. [citováno 12.5.2014], dostupné z : <http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/ns_web.nsf/Metodika>.

šance na uzdravení sníží např. ze 75 % na 50 %. Na internetu se dá najít několik výzkumů zabývajících se tím, jak lidé vnímají různou míru ztráty šance. Jeden z nich jednoznačně konstatuje, že čím menší byla šance na uzdravení na počátku, tím hůře pak člověk vnímá jakýkoliv její další pokles.

Pro pochopení teoretického východiska je důležité uvědomit si, že doktrína ztráty šance je svou podstatou aplikovatelná pouze v takových případech, kdy pochybení lékaře nebylo jedinou příčinou pacientovy újmy. Pokud by tomu tak bylo, pak by zřejmě nebylo složité prokázat existenci příčinné souvislosti a bylo by tedy možné přidržet se klasického konceptu odpovědnosti za škodu

2.6 Výpočet odškodného

Vypočítat spravedlivě náhradu škody při ztrátě šance není snadné. Jisté je, že vždy je nutné postupovat na základě konkrétních okolností a zohlednit několik faktorů, které mohou být samy předmětem pouhých odhadů a nejistých domněnek. Nelze tedy stanovit jediný správný postup, na základě kterého je možné spolehlivě ohodnotit výši vzniklé újmy. Ve stejném duchu se vyjádřil i Soudní dvůr v případě týkajícím se ztráty šance na přijetí do zaměstnání: *Je velmi obtížné, ne-li nemožné, definovat způsob umožňující přesný výpočet šance na přijetí na pracovní místo v rámci uvedeného orgánu, a v důsledku toho i ohodnotit újmu vyplývající ze ztráty uvedené šance.*³⁴

Nicméně obecný postup musí zohlednit pravděpodobnost šance na lepší výsledek a výši celkové vzniklé újmy. Výše odškodného, na kterou má žalovaný v případě ztráty šance právo, se rovná celkové částce odškodného za příslušnou újmu na zdraví či smrt vynásobené procentem ztracené šance. Soud by tedy měl postupovat následovně:

- 1) určit celkovou výši odškodného počínaje dnem, kdy došlo k protiprávnímu jednání žalovaného;
- 2) zjistit jak velkou šanci v procentech poškozený ztratil; a
- 3) vynásobit celkovou újmu výši ztracené šance v procentech.

Prvním krokem je tedy určení celkové výše odškodného, na které by měl poškozený nárok v případě, že by škůdce nesl „plnou“ odpovědnost. Dalším krokem je pak zjištění, jak velkou šanci na lepší výsledek poškozený měl a případně i o jakou část

³⁴ Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ve věci C-348/06 P ze dne 21. 2. 2008, bod 60.

této šance jej připravil škůdce svým nezákonným jednáním. Počáteční šance může být 100%, ale stejně tak může být i pouze 30%. Ze 100% šance může zůstat pouze 70% šance a z 30% šance nezbýt nic. Někteří teoretici v anglosaském právu chápou teorii ztráty šance tak, že na počátku musí být šance na lepší výsledek nižší než 50 %; v opačném případě by škůdce nesl plnou odpovědnost. V této myšlence se ale jasně odráží anglosaský přístup. Chápeme-li ztracenou šanci jako specifickou formu škody, pak by teorie mohla být aplikována i v tomto opačném případě. Škodu přeci představuje jakákoliv odejmutá šance a mělo by být tedy jedno, jak velká šance na úspěch stála na začátku. Důležité je pouze to, o jak velkou část byl poškozený připraven. V obou z výše uvedených případů je to 30 % a žalobce by tedy měl dostat náhradu ve výši 30 % z celkové újmy. Z praktického hlediska je samozřejmě nutné stanovit určité kvalifikační požadavky, tj. například, že šance musí být vyšší než zanedbatelná, skutečná, reálná, atd. Tento přístup volí některé jurisdikce, o čemž se zmiňuji v dalších kapitolách.

3 Odpovědnost za újmu na zdraví v českém právu

3.1 *Odpovědnost ve zdravotnictví*

Teorie ztráty šance nachází největší uplatnění v oblasti práva zdravotní péče a pro její případné využití má tudíž důležitý význam právní úprava odpovědnosti ve zdravotnictví. V této kapitole se tedy zabývám různými druhy odpovědnosti, která může vzniknout subjektu poskytujícímu zdravotní péči a kterou pak může poškozený vůči poskytovateli jako škůdci uplatnit. Věnuji se také některým dalším jednotlivým institutům, významným pro aplikaci teorie ztráty šance v českém právu – např. otázce predispozic či odpovědnosti za náhodu. Dále poukazuji i na usnesení Ústavního soudu ze dne 12. srpna 2008³⁵, které upozorňuje na teorii ztráty šance v souvislosti s prokazováním příčinné souvislosti. Soud v něm označil teorii ztráty šance jako možný způsob spravedlivého řešení složitého dokazování v této oblasti.

Odpovědnost ve zdravotnictví nepředstavuje žádný zvláštní druh odpovědnosti, ale týká se odpovědnosti lékaře a jiných zdravotnických pracovníků (zdravotních sester, fyzioterapeutů, atd. – v dalším textu si dovolím používat pouze zastřešujícího termínu lékař), kterou tyto subjekty nesou při poskytování odborné péče pacientům. Je-li chybující lékař zaměstnancem zdravotního zařízení, je třeba zvážit konkrétní subjekt odpovědnosti; v případě náhrady za škodu pak může být žalovanou stranou zaměstnavatel (nemocnice, klinika, apod.) a nikoliv sám lékař.

3.1.1 Občanskoprávní odpovědnost

Ve zdravotnictví přichází v oblasti občanského práva v úvahu několik druhů odpovědnosti:

- (a) obecná odpovědnost za škodu
- (b) odpovědnost za škodu způsobenou vadnou věcí
- (c) odpovědnost za porušení prevenční povinnosti
- (d) odpovědnost za zásah do přirozených práv člověka

Každá z uvedených druhů odpovědností přitom pokrývá jiné situace. Za účinnosti předešlé úpravy bylo velkým tématem diskuze současné použití obecné

³⁵ Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

odpovědnosti za škodu a odpovědnosti za zásah do práva na ochranu osobnosti (v duchu současné úpravy se jedná o přirozená práva člověka). Žaloba na náhradu škody se od žaloby na ochranu osobnosti lišila v mnoha ohledech - od příslušnosti soudu, přes promlčitelnost nároků až ke způsobu stanovení výše náhrady. V praxi soudů i v teoretické debatě akademiků vládl rozpor, zda je možné uplatňovat oba nároky současně, či zda se jedná o žaloby na základě stejných či velmi podobných skutkových tvrzení a proto je nutné se řídit zásadou *non bis in idem*. Dle názoru Nejvyššího soudu mohl poškozený oba tyto nároky uplatňovat současně, tj. podání žaloby na náhradu škody nebránilo podání žaloby na ochranu osobnosti. Ve svém rozhodnutí z roku 2007 zaujal Nejvyšší soud názor, že *se jedná o zcela svébytné a samostatné nároky podmíněné rozrůzněnou sférou ochrany, kterou poskytuje občanský zákoník*.³⁶

Oproti tomu Vrchní soud v Olomouci se s názorem Nejvyššího soudu neztotožnil, když o necelý rok později ve svém usnesení stanovil, že *práva z odpovědnosti za způsobenou škodu a z porušení osobnostních práv, zejména v dílčích nárocích na odškodnění bolestného a ztížení společenského uplatnění, oproti právu na náhradu nemajetkové újmy si konkurují, neboť jsou hodnoceny na základě zčásti totožných a zčásti velmi příbuzných skutkových tvrzení. Přesto akcentoval, že jde o instituty zcela samostatné, a proto je nutné k jejich uplatnění poskytnout soudu taková skutková tvrzení k následkům tvrzeného zásahu, aby bylo možno odlišit práva a nároky z odpovědnosti za škodu a z odpovědnosti za porušení osobnostních práv a najisto postavit předmět řízení*.³⁷

K tomu ještě ten samý soud uvedl v roce 2010³⁸, že poškozený může žádat další satisfakci dle ustanovení na ochranu osobnosti jen tehdy, nelze-li škodu na zdraví dostatečně nahradit v rámci odškodnění za nemateriální újmu v rámci obecné odpovědnosti za škodu. *Není však přípustné, aby se osoba dotčená na zdraví pokoušela žalobou na ochranu osobnosti nahrazovat či navyšovat své nároky z titulu náhrady škody*. V tomto případě se Vrchní soud ztotožnil s názorem soudu prvního stupně, že dvojí řízení by vedlo k porušení zásady *non bis in idem*, *neboť soudy by v obou řízeních řešily stále stejný skutek (stejně poškození na zdraví), vyjma materiálních nároků z náhrady škody jako ztráta na výdělku či náklady léčení. Pojmenování obou nároků je*

³⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28.6.2007, sp. zn. 30 Cdo 154/2007.

³⁷ Usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 14. 5. 2008, sp. zn. 1 Co 201/2007.

³⁸ Usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5.5.2010, sp. zn. 1 Co 2/2010.

*nepodstatné, podstatná je totožnosť skutku, osob i vznášaných nárokov na náhradu, byť
jsou pojmy „škody“ a „nemajetkové újmy“ zmateny. Nicméně připustil, že v určitých
případech je možné využít oba instituty. O odlišnosti skutků a nároků v obou právních
režimech lze s úspěchem uvažovat např. u žalob, podávaných v důsledku absence
informovaného souhlasu pacienta, kde je předmětem ochrany odlišný osobnostní statek
než lidské zdraví, a to právo na informace, na sebeurčení a na svobodné individuální
rozhodování pacienta. O odlišnosti osob lze hovořit tehdy, domáhají-li se příbuzní
osoby, jejíž právo na zdraví bylo porušeno, ochrany vlastní osobnosti s poukazem na
neoprávněný zásah do svého rodinného života, jehož kvalita neoprávněným zásahem do
práva na zdraví osoby blízké utrpěla. Ochrana osobnosti má své místo i tam, kde
„náhrada škody za nemateriální újmu“ je natolik paušální, že ji nelze považovat za
vyčerpávající řešení daného problému tak, jak je tomu v případě jednorázového
odškodnění při úmrtí osoby blízké dle ustanovení § 444 odst. 3 obč. zák.*

V dosavadní praxi, tj. dle staré soukromoprávní úpravy, bylo častější, že poškozený pacient zvolil raději žalobu na základě porušení osobnostních práv. Hlavním důvodem byla výše náhrady, kterou soud určil na základě vlastního uvážení s přihlédnutím k závažnosti vzniklé újmy a k okolnostem případu. Přiznané náhrady tak byly vyšší než ty stanovené odškodňovací vyhláškou č. 440/2001 Sb.

Tuto dvoukolejnost však již nová úprava odstranila. Komplexně upravuje odškodňování nemajetkové újmy a náhradu újmy vzniklé na přirozených právech člověka.

(a) Obecná odpovědnost za škodu

Obecné odpovědnosti za škodu a především pak jednotlivým podmínkám jejího uplatnění se blíže věnuji v kapitole 4 této práce. Proto se na tomto místě omezím pouze na odkaz na uvedenou kapitolu.

(b) Odpovědnost za škodu způsobenou vadnou věcí

Na rozdíl od obecné odpovědnosti, je odpovědnost dle § 2936 odpovědností objektivní, tj. zavinění se nezkoumá a škůdce odpovídá za výsledek. Zákon výslovně uvádí, že tento druh odpovědnosti bude aplikován i v případě poskytnutí zdravotnických, sociálních, veterinárních a jiných biologických služeb. Povinnost k náhradě má přitom ten, kdo měl mít nad věcí dohled, případně její vlastník. Nejedná

se však o odpovědnost absolutní, neboť škůdce se zproští povinnosti k náhradě, pokud prokáže, že náležitý dohled nezanedbal. Je důležité mít na paměti, že v případech této zvláštní odpovědnosti je bezvýznamné, zda lékař postupoval *lege artis* či nikoliv, jelikož se jedná o odpovědnost za výsledek.

Nejproblematictější bodem bude zřejmě prokazování toho, zda škoda či újma byla způsobena vadnou věcí nebo spíše způsobem, jakým s ní bylo zacházeno. V předchozím občanském zákoníku z roku 1964 byl tento druh odpovědnosti upraven přísněji; aplikovala se i na ty případy, kdy škůdce neporušil žádnou povinnost a jednal v souladu se všemi předpisy a profesními zásadami. Jednalo se o absolutní objektivní odpovědnost. Odlišit od sebe příčinu škody spočívající v povaze přístroje či věci (tedy odpovědnost dle § 421a ObčZ) a škodu způsobenou nesprávně provedeným zákrokem či způsobem, kterým byla věc či přístroj použity (odpovědnost dle § 420 ObčZ), bylo často velmi složité. Jedná se o otázku právní a nikoliv skutkovou a vždy ji tedy musel posoudit soud. *Samotný způsob použití nástroje, tj. pouhý technologický postup, nevede k odpovědnosti podle § 421a ObčZ, jestliže se na výsledném škodlivém účinku neprojeví sama o sobě povaha předmětu, vyplývající z jeho charakteristických vlastností, nýbrž především metoda a způsob jeho aplikace.*³⁹ Příčina škody tedy nesmí spočívat v samotném zdravotnickém zákroku či způsobu jeho provedení.⁴⁰

I u tohoto druhu odpovědnosti však příčinná souvislost musela být postavena najisto, jak dokládá několik rozhodnutí soudů. *Příčinná souvislost může být dána jen tehdy, jestliže jsou obecně rizikové vlastnosti užitého přístroje nebo jiné věci v konkrétním případě prokázány.*⁴¹ V daném případě nestačil důkaz o tom, že byla použita injekční jehla a že s užitím nesterilní jehly je spojeno vysoké riziko přenosu žloutenky. Soud stanovil, že je nutné prokázat nesterilnost dané jehly, tj. že nebyla použita poprvé, nebo že nebyla náležitě sterilizována. Až takto prokázaný nedostatek by představoval riziko, z něhož by bylo možné dovodit příčinnou souvislost mezi nesterilním nástrojem a virovým onemocněním.

Nová úprava se tedy vztahuje pouze na ty případy, kdy příčinou škody byla vada použité věci. Přístrojem nebo jinou věcí se rozumí jakýkoliv hmotný předmět použitý při plnění závazku, včetně léku či léčebných přípravků. Vadou věci se rozumí

³⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2012, sp. zn. 25 Cdo 1475/2011.

⁴⁰ Stanovisko NS ČSR ze dne 4. 8. 1986, sp. zn. Cpj 44/85.

⁴¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2006, sp. zn. 25 Cdo 508/2005.

*neexistence takové vlastnosti věci, která se u věci určitého druhu a stáří obecně předpokládá a v důsledku níž je možnost využití věci podstatně snížena.*⁴²

To, jak budou soudy vadnost věci posuzovat a především to, jak moc složité bude pro poškozeného tuto podmínku prokázat, ukáže až praxe.

(c) Odpovědnost za porušení prevenční povinnosti

Ačkoliv to není u žalob týkajících se zanedbání zdravotní péče typické, lze odpovědnost lékaře či zdravotnického zařízení posuzovat i z titulu porušení prevenční povinnosti – v současné době upravené v § 2900. Podle dřívější úpravy (dle § 415) rozhodoval Krajský soud v Ostravě spor, kdy zdravotnické zařízení nevyvinulo náležitou péči, která by byla schopná zabránit škodě.

*Podle odvolacího soudu je dána rovněž odpovědnost žalované podle § 415 obč. zák., neboť zaměstnanci žalované nevyvinuli ve smyslu § 55 odst. 2 písm. a) zákona č. 50/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, náležitou činnost, aby zabránili vzniku škody na zdraví žalobce, bez ohledu na skutečnost, že sledování žalobce po operaci se odehrávalo na běžné úrovni klinického sledování jeho základních životních funkcí; tato běžná úroveň byla v konkrétním případě nedostatečná, když žalovaná nevyvinula takovou péči, která by byla schopna zabránit trvalým zdravotním následkům žalobci.*⁴³

Dle názoru Nejvyššího soudu⁴⁴ však aplikace odpovědnosti za porušení prevenční povinnosti přichází v úvahu pouze tehdy, jestliže na posuzované protiprávní jednání nelze aplikovat jinou konkrétní právní úpravu (příčemž jednání v rozporu s tímto ustanovením je rovněž porušením právní povinnosti ve smyslu obecné odpovědnosti). Obecná odpovědnost dle § 2910 či § 2913 má tedy přednost před uplatněním odpovědnosti za porušení prevenční povinnosti.

Dle mého názoru je tedy možné, aby se odpovědnost za ztrátu šance na lepší výsledek posuzovala i podle ustanovení § 2900, které původně všeobecnou prevenční povinnost koriguje okolnostmi případu a zvyklostmi soukromého života. Ani nová úprava prevenční povinnosti nic nemění na tom, že každý je *povinen zachovávat vždy takový stupeň pozornosti, který lze po něm vzhledem ke konkrétní časové a místní*

⁴² Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30. 9. 1988, sp. zn. 3 Cz 59/88.

⁴³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 6. 2010, sp. zn. 25 Cdo 4670/2007.

⁴⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 5. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1427/2001.

*situaci rozumně požadovat a který – objektivně posuzováno – je způsobilý zabránit či alespoň co nejvíce omezit riziko vzniku škod na životě, zdraví či majetku.*⁴⁵ I zde je však nutné naplnit základní podmínky odpovědnosti za škodu, včetně prokázání příčinné souvislosti.

(d) Odpovědnost za újmu na přirozených právech člověka

Odpovědnost za újmu na přirozených právech člověka dle § 2956 a násl. nahradila odpovědnost za zásah do osobnostních práv dle § 11 a násl. předchozího občanského zákoníku. Nejvýznamnější přirozená práva člověka uvádí § 81 odst. 2, a to život a důstojnost člověka, jeho zdraví a právo žít v příznivém životním prostředí, jeho vážnost, čest, soukromí a projevy jeho osobní povahy. Poškozený má právo požadovat upuštění od neoprávněného zásahu či odstranění následků. Při náhradě újmy na přirozených právech člověka (§ 2956 a násl.) nahradí škůdce škodu i nemajetkovou újmu, včetně způsobených duševních útrap. Při ublížení na zdraví a při usmrcení musí být škoda odčiněna peněžitou náhradou vyvažující plně vytrpěné bolesti a další nemajetkové újmy a ztížení společenského uplatnění. Přitom při usmrcení nebo zvláště závažném ublížení na zdraví mají právo na odškodnění i další blízké osoby, specifikované v § 2959. Jedná se o objektivní odpovědnost, kde zavinění není podmínkou jejího vzniku. Nicméně míra zavinění a intenzita zásahu do uvedených práv se promítá do posuzování výše náhrady. Úmysl způsobit škodu patří mezi okolnosti hodné zvláštního zřetele, na které je třeba hledět při stanovení způsobu a výši přiměřeného odškodnění.

3.1.2 Trestněprávní odpovědnost

Trestněprávní odpovědnost osob poskytujících zdravotní péči je již delší dobu předmětem diskusí. Někteří upozorňují na často zbytečnou kriminalizaci lékařů a na to, že trestní právo má sloužit pouze jako *ultima ratio*.⁴⁶ Poukazují zejména na čl. 39 Listiny základních práv a svobod a na § 12 odst. 2 trestního zákoníku. Ve stejném duchu se vyjádřil v mnoha svých rozhodnutích i Ústavní soud⁴⁷ a stejně tak i ostatní

⁴⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 2. 2003, sp. zn. 25 Cdo 618/2001.

⁴⁶ K tomu viz např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 1. 2010, sp. zn. 4 Tdo 1442/2009.

⁴⁷ Např. nález Ústavního soudu ze dne 4.8.2010, sp. zn. II. ÚS 1098/10, ve kterém se uvádí: *Trestněprávní represi je třeba chápat jako ultima ratio, jež - pokud zároveň nejsou splněny předpoklady*

obecné soudy. Trestní právo má sloužit k ochraně celospolečenských zájmů, nikoliv zajišťovat ochranu subjektivních práv jednotlivců. Má plnit zejména funkci represivní, avšak poškozenému pacientovi půjde pravděpodobně vždy spíše o reparaci, resp. satisfakci, tedy o odškodnění vzniklé újmy. Důvodů, proč pacient někdy volí cestu trestního oznámení, může být několik: jednoduchost podání, relativní bezplatnost řízení, aktivní činnost orgánů činných v trestním řízení namísto časově i finančně nákladné povinnosti poškozeného sám předkládat důkazy v občanskoprávním řízení, atd.⁴⁸ Z těchto důvodů poškozený volí často spíše trestní oznámení, a to i když v jeho rámci soud nepřizná náhradu škody. Přitom pacient by měl být motivován spíše získáním finančního odškodnění vzniklé újmy než kriminalizací lékaře, který je ostatně také jen člověk a v daném případě se mohlo jednat o zcela výjimečné pochybení, kterému se nelze se stoprocentní jistotou nikdy vyhnout. Další možností jak předcházet kriminalizaci lékařů je vytváření podmínek pro mimosoudní řešení sporů mezi poskytovateli zdravotní péče a pacienty. V poslední době narůstá obliba mediace, což může být nejvhodnější přístup jak pro poskytovatele zdravotních služeb, tak pro poškozeného pacienta.

Předpoklady pro uplatnění trestněprávní odpovědnosti lékaře lze shrnout následovně:

- i. jednání v rozporu s povinností postupovat *lege artis*, či jinou zákonem stanovenou povinností;
- ii. zavinění (nejméně na úrovni nedbalosti);
- iii. příčinná souvislost mezi jednáním a nepříznivým následkem;
- iv. absence okolností vylučující protiprávnost – zejména přípustné riziko

Pochybení při poskytování zdravotní péče jsou nejčastěji posuzována dle hlavy I. zvláštní části trestního zákoníku, který upravuje trestné činy proti životu a zdraví. Jedná se zejména o skutkové podstaty usmrcení z nedbalosti (§ 143), ublížení na zdraví (§ 145, § 146), ublížení na zdraví z nedbalosti (§ 147, § 148). Skutková podstata

trestněprávní odpovědnosti - nemůže a nesmí sloužit k uspokojení subjektivních práv soukromoprávní povahy.

⁴⁸ K tomu např. DOLEŽAL T. Otázky úpravy právní odpovědnosti zdravotnických pracovníků – několik úvah k aktuálním tématům. *Právní rozhledy*, č. 12, 2010, s. 436.

neposkytnutí pomoci (§ 150) není v této oblasti příliš relevantní, neboť judikatura dovozuje, že *trestní odpovědnost lékaře při výkonu služby za tento trestný čin připadá v úvahu jen tehdy, nevznikly-li z jeho opomenutí žádné následky na životě nebo zdraví poškozeného, jinak by šlo o některý z trestných činů proti životu a zdraví*.⁴⁹

Soudy se často musí vypořádat s otázkou, který konkrétní lékař má za pochybení při poskytování zdravotní péče nést trestněprávní odpovědnost. V případě ošetření pacienta v nemocničním zařízení se většinou posuzuje jednání více lékařů – např. jednoho či více operatérů, anesteziologa, lékaře konajícího službu během pooperační rekonvalescence, atd. Případ může zahrnovat i jiné zdravotnické pracovníky – ošetřující sestru, osobu pověřenou vést dokumentaci, atd.⁵⁰ V takových případech musí soud zjišťovat, který ze zúčastněných zdravotnických pracovníků porušil svoji povinnost.

Důležitým aspektem trestněprávní odpovědnosti lékaře je otázka přípustného rizika, která patří mezi okolnosti vylučující protiprávnost. Dle § 31 odst. 1 trestního zákonu se lékař nedopustí trestného činu, i když ohrozí nebo poruší zájem chráněný trestním zákonem, za podmínky, že jednal *lege artis* a za podmínky, že společensky prospěšného výsledku nebylo možné dosáhnout jinak. O přípustné riziko však nejde, jestliže pacient nedal lékaři k jeho činnosti souhlas, nebo jestliže výsledek neodpovídá míře podstoupeného rizika, či pokud je daná činnost v rozporu s platným právem, veřejným zájmem, zásadami lidskosti či dobrými mravy.

3.2 Příčinná souvislost u trestněprávní odpovědnosti a občanskoprávní odpovědnosti

Soud v občanském řízení je dle základního pravidla vázán rozhodnutím soudu v trestním řízení o tom, že bych spáchán trestný čin a o jeho pachateli. Je třeba ale upozornit na to, že dle ustálené judikatury soudů je u téhož skutku nutno odlišit příčinnou souvislost v oblasti trestněprávní a v oblasti občanskoprávní. Jestliže v trestním řízení soud dojde k závěru, že mezi pachatelovým skutkem a příslušnou újmou existuje příčinná souvislost, nelze tento závěr bez dalšího využít i v případné žalobě o náhradu škody v občanskoprávním řízení. Zákonné předpoklady vzniku občanskoprávní

⁴⁹ Srov. např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 2. 2006, sp. zn. 25 Cdo 2511/2005.

⁵⁰ K tomu srov. např. BERAN, K.: Trestní odpovědnost lékaře za chybu při ošetření pacienta. Trestněprávní revue, č. 1, 2006, s. 10. Autor zajímavě rozebírá usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 5. 2004, sp. zn. 7 Tdo 486/2004, nebo CIBULKA K.: O některých otázkách trestního postihu ve zdravotnictví. Trestněprávní revue, č. 2010, s. 69.

odpovědnosti se od těch trestněprávních mohou lišit a je třeba vždy zkoumat významnost znaků skutkové podstaty daného trestného činu pro příslušné řízení o náhradu škody. Rozhodnutí o tom, že byl spáchán určitý trestný čin, tedy nemusí být pro uplatnění náhrady škody vždy relevantní. U některých skutkových podstat (např. u trestného činu neposkytnutí pomoci) není příčinná souvislost mezi jednáním pachatele a následnou újmou jejím znakem.⁵¹ V některých případech tedy občanskoprávní soud musí otázku příčinné souvislosti znovu posoudit a případně provést příslušné důkazy.

3.3 Znalecké posudky

Znalecké posudky jsou v případech souvisejících s poškozením zdraví zřejmě nejčastějším důkazním prostředkem, a to zejména v oblasti prokazování příčinné souvislosti. Někdy se může dokonce zdát, že soudy trochu přesouvají svoji odpovědnost za rozhodnutí na znalce, zvláště v případech, kdy znalecký posudek je klíčovým důkazem a základem pro rozhodování o odpovědnosti škůdce. Při určování náhrady za bolest a ztížení společenského uplatnění hrají nezastupitelnou úlohu. Dle § 127 občanského soudního řádu soud ustanoví znalce tehdy, závisí-li rozhodnutí soudu na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí. Soud může znalce buď vyslechnout, nebo mu zadat povinnost vypracovat písemný posudek. Mnohdy se stává, že soudu je k posouzení předloženo vícero znaleckých posudků, případně revizní znalecký posudek, a soud tedy musí přistoupit k jejich hodnocení a vypořádat se s případnými rozpory. V takovém případě by soud měl přistoupit k výsledku znalců, popřípadě k jejich konfrontaci, nebo ustanovit státní orgán, vědecký ústav, vysokou školu nebo jinou specializovanou instituci k předložení dalšího posudku nebo k přezkoumání stávajícího.⁵²

Znalec musí své závěry opřít o logické argumenty a řádně je odůvodnit. Jestliže *své závěry opírá o pouhé domněnky či blíže neodůvodněné poznatky z jeho odborné praxe, je takto jím zpracovaný posudek zatížen nepřesvědčivostí. V takovém případě je povinností soudu vést znalce procesním způsobem k precizaci jeho posudku tak, aby bylo možno z obsahu posudku zjistit, na základě jakých podkladů, informací a poznatků*

⁵¹ K tomu např. usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 28. 2. 2006, sp. zn. 25 Cdo 2511/2005, dle kterého škodný následek ani příčinná souvislost mezi neposkytnutím pomoci a vzniklým následkem není znakem skutkové podstaty trestného činu neposkytnutí pomoci.

⁵² Srov. nálezn Ústavního soudu ze dne 25. 2. 2009, sp. zn. I ÚS 2399/08, kdy soud konstatoval proušení práva na spravedlivý proces podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.

*znalec činil příslušné dílčí odborné závěry*⁵³. Posouzení znaleckého posudku je předmětem volného hodnocení soudu. Je to také soud, kdo označí znalci, které skutečnosti mají být základem pro vypracování jeho posudku. *Soud znalci označí z dané důkazní množiny ty důkazní prostředky, které za dané procesní situace, s přihlédnutím k zásadě přímosti a ústnosti, přesvědčivosti svědků atd., byly jím považovány za relevantní a využitelné pro zpracování znaleckého posudku.*⁵⁴ Vypracování revizního znaleckého posudku závisí také na úvaze soudu a záleží vždy na konkrétní situaci a případných pochybnostech o správnosti již vypracovaného znaleckého posudku.⁵⁵ Při hodnocení posudku pak soud posuzuje, zda znalec přihlédl ke všem důležitým skutečnostem, zda jsou závěry náležitě logicky odůvodněny a zda uvedené závěry nejsou v rozporu s ostatními důkazy. Z posudku musí být patrné, z jakých zjištění znalec vycházel, způsob jakým k nim dospěl a jaké úvahy jej vedly k danému závěru.⁵⁶

3.4 Odpovědnost za náhodu

Ve všech případech odpovědnosti za škodu hraje důležitou roli také náhoda. Náhoda je skutečnost, jejíž příčiny nejsou známy a předkládá se, že ani žádné nemá. Předchozí občanskoprávní kodex odpovědnost za náhodu nijak neupravoval. Škodu vzniklou v důsledku náhody nesl bez dalšího poškozený. Náhodu je však nutné odlišovat od objektivní odpovědnosti, kde sice také absentuje zavinění, ale na rozdíl od náhody se jedná o protiprávní jednání. Nový občanský zákoník nicméně náhodu upravuje (§ 2904), i když způsobem ne zcela jednoznačným.

„Újmu způsobenou náhodou uhradí ten, kdo dal ze své viny k náhodě podnět, zejména tím, že poruší příkaz nebo poškodí zařízení, které má nahodilý újmě zabránit.“

Povinnost nahradit nahodilou újmu stanoví tomu, kdo dal ze své viny k náhodě podnět. Dle mého názoru nelze jednoznačně stanovit rozdíl mezi tím, kdy škoda vznikla v důsledku jednání určité osoby (v případě absence zavinění by se tedy obecně jednalo o objektivní odpovědnost), nebo v důsledku podnětu určité osoby. Vždyť i dání podnětu je určitá forma jednání. Nejasnou se tedy zdá být otázka příčinné souvislosti – musí být podnět onou příčinou, bez které by následek nenastal? Nebo stojí na jedné straně daný podnět a k němu přistupující náhoda a na druhé straně onen neblahý následek?

⁵³ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 6. 1. 2010, sp. zn. 30 Cdo 5359/2007-2.

⁵⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 6. 8. 2009, sp. zn. 30 Cdo 352/2008.

⁵⁵ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 6. 2008, sp. zn. 22 Cdo 1290/2007.

⁵⁶ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 10. 2009, sp. zn. 22 Cdo 1810/2009.

V takovém případě by se toto ustanovení nejspíše mohlo aplikovat i na případy teorie ztráty šance, nebo i tam je újma zapříčiněná nahodilou událostí (spočívající v celkovém zdravotním stavu, predispozicích, apod.) a podnětem lékaře. Je však otázkou, jestli ten, kdo dal k náhodě podnět, bude povinen k náhradě celé škody, i když ta vznikla následkem více příčin, nebo zda soud rozhodne o náhradě v poměru přispění jednotlivých příčin ke vzniku škody a tento poměr stanoví na základě své spravedlivé úvahy či znaleckého posudku. Takováto konstrukce pak samozřejmě nabízí srovnání s teorií ztráty šance tak, jak je aplikována v jiných právních řádech.

3.5 *Otázka predispozic*

Predispozice k nějakému onemocnění či jinému poškození zdraví ještě sama o sobě nevylučuje odpovědnost lékaře. Tento názor vyslovil Nejvyšší soud již v roce 1981, kdy se zabýval otázkou příčinné souvislosti mezi pracovním úrazem a invaliditou pracovníka.⁵⁷ Dle uvedeného rozhodnutí musí být protiprávní jednání vyvolávajícím momentem nebo jednou z hlavních příčin nebo příčinou dovršující daný stav. Podobně i Nejvyšší soud SR o rok dříve uvedl, že *by bylo v rozporu se smyslem zákona, kdyby z ochrany a odškodnění byla vyloučena ta poškození zdraví, která vykazují všechny znaky pracovního úrazu (nemoci z povolání), a to jen proto, že poškozený měl určitou predispozici, která spolupůsobila při vzniku poškození zdraví úrazovým dějem anebo nemocí z povolání. Existence určitého chorobného stavu, i kdyby latentního, nemůže vyloučit závěr, že mezi úrazovým dějem (nemocí z povolání) a jím vyvolaným následným chorobným stavem je přímá souvislost, a že vyvolání tohoto stavu bylo způsobeno výkonem práce jako jednou z hlavních příčin*⁵⁸. K podobným závěrům se přihlásil i Ústavní soud v roce 2009⁵⁹.

I když ve všech výše uvedených případech se jednalo o posuzování predispozic či rizikových faktorů v rámci odpovědnosti zaměstnavatele za pracovní úraz či nemoc z povolání, lze dle mého názoru stejný přístup analogicky uplatňovat i v případech odpovědnosti lékaře za postup *non lege artis*. Dle uvedené logiky by i v těchto případech neměla existence určité predispozice již předem automaticky vylučovat

⁵⁷ Rozhodnutí Nejvyššího soudu České socialistické republiky ze dne 12.3.1981, sp. zn. 11 Co 24/81, [R 46/1983 civ.]. Podobně i Usnesení Nejvyššího soudu České socialistické republiky ze dne 16. 12. 1971, sp. zn. 6 Co 288/71.

⁵⁸ Stanovisko Nejvyššího soudu Slovenské socialistické republiky, Cpj 11/80, [R 28/1980 civ.]

⁵⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 25. 2.2009, sp. zn. I. ÚS 2399/08.

možnou odpovědnost lékaře či jiného zdravotního pracovníka. Vždy je třeba důkladně zkoumat to, jaký vliv měla daná predispozice na výsledný stav pacienta. V duchu uvedeného názoru Nejvyššího soudu z roku 1981 je tedy na místě, aby soud v každém případě posuzoval, do jaké míry bylo protiprávní jednání lékaře vyvolávajícím či dovršujícím momentem, případně zdali je přinejmenším možné jej považovat za jednu z hlavních příčin. Právě v takových případech by se podle mého názoru mohla teorie ztráty šance ukázat jako užitečný nástroj k určitému omezení odpovědnosti lékaře.

3.6 *Princip proporcionality*

S odškodňováním újmy na zdraví úzce souvisí princip proporcionality, který patří k obecným právním zásadám evropské právní kultury. Ústavní soud⁶⁰ konstatoval, že výše náhrady za ztížení společenského uplatnění musí být přiměřená způsobené újmě. *Porušením pravidla proporcionality může dojít k zásahu do ústavně zaručených práv, a to konkrétně práva na soudní ochranu (čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod).* Principem proporcionality v souvislosti s odškodňováním se zabýval také Nejvyšší soud, který posuzoval přiměřenost zadostiučinění v případě kvadruplegika v komatu: *Odškodnění závažných poškození zdraví částkami v řádu desetitisíců korun by mohlo být v současných ekonomických poměrech České republiky považováno za porušení práva na soudní ochranu ve smyslu čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, práva na ochranu zdraví ve smyslu čl. 31 Listiny a principu proporcionality.*⁶¹

Ačkoliv se uvedené konstatování týkalo v tomto případě výkladu § 7 odst. 3 tehdy platné vyhlášky o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění⁶², je nutné závěr Ústavního soudu vztáhnout na všechny případy odškodňování újmy na zdraví. Právní předpisy upravující náhrady škod na zdraví je tedy nutné vždy vykládat takovým způsobem, který odpovídá principu proporcionality mezi vzniklou újmou a náhradou. I nedávno publikovaná Metodika Nejvyššího soudu k náhradě nemajetkové újmy na zdraví upřesňuje, že celková výše odškodnění musí být přiměřená v kontextu odškodnění dílčích nároků a okolností hodných zvláštního zřetele v duchu § 2957 občanského zákoníku. Nepřiměřeně nízkou náhradu za újmu na zdraví není možné odůvodňovat skutečností, že právní předpisy nedovolují její výši upravit. *Rozhodující*

⁶⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 29. září 2005, sp. zn. III. ÚS 350/03.

⁶¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 7. 2012, sp. zn. 25 Cdo 2288/2011.

⁶² Vyhláška č.32/1965 Sb., o odškodnění bolesti a ztížení společenského uplatnění.

pro posouzení přiměřenosti odškodnění není matematický postup, jímž soud ke stanovení náhrady škody dospěl, nýbrž reálná hodnota peněžní částky, již mají být kompenzovány imateriální požitky, o které poškozený v důsledku poškození zdraví přišel.⁶³

Tento princip považuji za důležitý i v souvislosti s možností uplatnění teorie ztráty šance, neboť i tam je nutné přiměřeně zohlednit újmu a náhradu škody. I tam je totiž důležité zajistit to, aby náhrada škody byla v přiměřeném poměru ke způsobené škodě. Naopak systém, kde při prokázání příčinné souvislosti s 51% pravděpodobností dostane poškozený náhradu celé újmy (tj. 100 %) a naopak při jejím prokázání na 49 % nedostane žádnou náhradu, zásadě proporcionality na první pohled neodpovídá. Je při tom samozřejmě nutné zohlednit procesní standardy dokazování (otázku unesení/neunesení důkazního břemene). Nicméně ty je možné v určitých případech nastavit tak, aby umožňovaly proporcionalní odškodňování tak závažných škod, jako jsou ty na zdraví člověka. Má-li být výše odškodnění určována zejména hodnotou ztracených imateriálních požitků, a jestliže má být jeho poskytování vedeno principem proporcionality, pak je na místě poskytovat odškodnění i za ztrátu šance.

3.7 Teorie ztráty šance v dosavadní judikatuře českých soudů

V podstatě jediné rozhodnutí výslovně zmiňující teorii ztráty šance bylo vydáno Ústavním soudem ČR v roce 2008 pod sp. zn. I. ÚS 1919/08⁶⁴.

Stížnost se týkala náhrady nákladů řízení, ve kterém žalobce – pozůstalý manžel – požadoval náhradu škody za léčbu zesnulé manželky, léčbu psychického stavu nezletilého dítěte a náhradu škody vzniklé v důsledku snížení příjmů. Krajský soud došel k závěru, že žalobce není oprávněn k náhradě škody, a to i přesto, že v řízení bylo prokázáno pochybení ošetřující lékařky. Její jednání hodnotily jako *non lege artis*, a tedy protiprávní, všechny znalecké posudky zpracované v trestním i civilním řízení. Neúspěšnost žaloby byla odůvodněna toliko nemožností prokázat stoprocentní příčinnou souvislost.

Stížnost u Ústavního soudu se týkala pouze náhrady nákladů řízení vynaložených zdravotnickým zařízením, které tvrdilo, že žaloba byla od počátku

⁶³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. 25 Cdo 1106/2008.

⁶⁴ Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

bezúčelná. S tím se Ústavní soud neztotožnil, neboť její neúspěch závisel na prokázání objektivní příčinné souvislosti mezi postupem lékařky a smrtí její pacientky, což je věc velmi obtížnou, kterou nemohl laik v příslušném lékařském oboru na počátku odhadnout. S ohledem na problematiku teorie ztráty šance je však klíčová další věta tohoto usnesení, kterou je konstatování, že Ústavní soud požadavek "stoprocentního" prokázání objektivní příčinné souvislosti jako podmínky existence odpovědnosti za škodu nesdílí. Toto je dle mého názoru velmi novátorský přístup, který umožňuje představit si další možný vývoj institutu příčinné souvislosti a požadavků na její prokazování před českými soudy.

V uvedené věci se soud dále vyjádřil následovně:

Závěry nalézacího soudu stran "stoprocentního" prokázání objektivní příčinné souvislosti se jeví Ústavnímu soudu jako nereálné, nedosažitelné a neudržitelné, neboť prokázat, že právě a pouze toto opomenutí tvoří se škodlivým důsledkem ničím nenarušený vztah, je v podstatě nemožné. V důsledku toho je výrazně oslabeno postavení poškozeného.

Dále ve svém usnesení uvedl, že jelikož pojem příčinná souvislost není právními předpisy v ČR nijak definován, což ostatně zdůraznil ve svém rozsudku i nalézací soud, nic nebrání judikatuře českých soudů, aby požadavek "stoprocentně" prokazované příčinné souvislosti přehodnotila a přijala adekvátnější a realističtější výklad "způsobení škody", který by vyrovnával slabší postavení poškozených. Naznačené řešení užívané v zemích common law se dle přesvědčení Ústavního soudu více přibližuje ideji spravedlivého řešení následků majících původ ve vztahu lékař – pacient, který je třeba nahlížet jako vztah panství, v němž má z mnoha důvodů, avšak především z důvodů znalostních, převahu moci právě lékař. Proto je třeba důsledněji chránit pacientovo základní právo na tělesnou integritu a v posledku, jak dokazuje řešený případ, i právo na život, a to i skrze výklad příslušných ustanovení občanského zákoníku týkajících se náhrady škody⁶⁵

V dubnu 2012 musel projednávat stížnost týkající se náhrady škody za hospodářská zvířata pokousaná psy, ve které se stěžovatel odvolal na závěry výše uvedeného usnesení Ústavního soudu a konstatoval, že požadavky krajského soudu na existenci důkazů způsobilych prokázat tuto příčinnou souvislost jsou přepjatě

⁶⁵ Viz poznámka pod čarou č. 3.

*formalistické a v praxi nerealizovatelné, přičemž stačí, aby příčinná souvislost byla prokázána s rozumnou pravděpodobností, přibližující se jistotě. V této souvislosti výslovně zmínil závěry nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1919/08. S tím se ale Ústavní soud neztotožnil a ke svému předchozímu nálezu zmiňujícím teorii ztráty šance uvedl, že závěry Ústavního soudu, vyslovené v poukazovaném usnesení sp. zn. I. ÚS 1919/08 na projednávanou věc nedopadají, neboť v něm šlo o případ náhrady škody za léčbu pacientky, která po chybném zákroku lékařky zemřela, a Ústavní soud se v rámci obiter dictum vyjadřoval k velmi obtížnému určování vztahu příčiny a následku v lékařských postupech.*⁶⁶

Na jednu stranu tedy sám Ústavní soud odmítá požadavek stoprocentního prokázání příčinné souvislosti, ale na druhou stranu přináší i určitou nejistotu týkající se jejího prokazování. Cokoliv menšího než 100% jistota je pouhá pravděpodobnost, tj. 99% a méně. S tím ale kontrastují dosavadní rozhodnutí jiných soudů. Například Okresní soud v Olomouci jen pár měsíců před uvedeným nálezem Ústavního soudu zopakoval často citovanou větu, že *nestačí pouhá pravděpodobnost příčinné souvislosti či okolnosti nasvědčující její existenci; příčinnou souvislost je nutno vždy prokázat.*⁶⁷

K tomu například i další rozhodnutí obecných soudů, v tomto případě týkajících se odpovědnosti za škodu způsobenou okolnostmi, které mají původ v povaze přístroje nebo jiné věci ve znění § 421a původního občanského zákoníku:

*Pokud není najisto postavena existence příčinné souvislosti mezi okolnostmi majícími původ v povaze věci použité při zdravotnické službě a poškozením zdraví, není dán základ nároku na odškodnění podle § 421a ObčZ.*⁶⁸

Ústavní soud se tedy nebrání možnosti „přehodnotit“ požadavek stoprocentně prokázané příčinné souvislosti, na druhou stranu jako nejvyšší instance v zemi neuvedl žádné vodítko, kudy by se obecné soudy v tomto směru měly vydat. Téměř to vypadá, že vítá inovaci soudů nižší instance, kterou by pak mohl ve své činnosti případně korigovat a usměrňovat.

Z výše uvedených citací se zdá, že doktrína ztráty šance našla kladnou odezvu i v českém právním prostředí. Další vývoj možná ovlivní i nový občanský zákoník. Zrušení tabulek určujících peněžní náhradu za újmu na zdraví či usmrcení blízké osoby

⁶⁶ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. II.ÚS 2682/11 -1 ze dne 26. 4. 2012.

⁶⁷ Rozsudek Okresního soudu v Olomouci ze dne 29. 2. 2008, sp. zn. 26 C 69/2003.

⁶⁸ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 10. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1003/2002.

otevřít soudcům širší prostor k určování spravedlivější náhrady. Tu budou stanovovat po zohlednění veškerých okolností konkrétního případu. Možná tedy můžeme předpokládat, že s růstem výše přiznaných částek dojde k nárůstu počtu žalob na náhradu škody v takovýchto případech. A pak možná budou muset častěji čelit otázkám spojeným s určováním příčinné souvislosti mezi konáním lékaře a následným stavem pacienta. Je tak docela možné, že aplikace doktríny ztráty šance bude předmětem jejich uvažování.

3.8 „Ztráta šance“ na lepší společenské uplatnění

V rámci škody na zdraví se poškozený může domáhat i náhrady za ztížení společenského uplatnění, a to tehdy, jestliže pro něj poškození zdraví představuje překážku lepší budoucnosti. *Odškodnění za ztížení společenského uplatnění představuje náhradu za následky škody na zdraví, které jsou trvalého rázu a mají prokazatelně nepříznivý vliv na uplatnění poškozeného v životě a ve společnosti.*⁶⁹

Uplatnění člověka v životě je ovlivněno zejména uspokojováním jeho životních a společenských potřeb, vykonávaným povoláním či přípravou na něj, možnostmi dalšího vzdělávání a kvalitou rodinného, kulturního i sportovního života. Soud také přihlíží k věku, pohlaví a dalším skutečnostem týkajícím se poškozeného, existujících v době vzniku škody.

Náhrada za ztížení společenského uplatnění je ve své podstatě také odškodňováním za ztrátu šance na lepší kvalitu života. *Vždyť odškodnění za ztížení společenského uplatnění musí být přiměřené povaze následků a jejich předpokládanému vývoji, a to v rozsahu, v jakém jsou omezeny možnosti poškozeného uplatnit se v životě a ve společnosti*⁷⁰.

Nejvyšší soud ČSSR v jednom svém stanovisku týkajícím se náhrady škody mluví o zúžení možnosti uspokojovat životní a společenské potřeby.⁷¹ Stejně jako u ztráty šance na lepší výsledek, nelze ani v tomto případě výši újmy přesně určit. Soud musí zvážit všechny okolnosti a pak na základě svých nejlepších úvah stanovit přiměřenou náhradu. Jestliže nadaný hokejista je vinou nedbalého lékařského zákroku (např. chybně provedenou operací kolena) připraven o šanci být úspěšným hráčem

⁶⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 8. 2006, sp. zn. 25 Cdo 1279/2005.

⁷⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. 25 Cdo 1106/2008.

⁷¹ Stanovisko občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ČSSR ze dne 18. 11. 1970, sp. zn. Cpj 87/70.

NHL, bude tato okolnost předmětem náhrady za ztížení společenského uplatnění. Zdá se, že odškodnění za ztrátu šance a odškodnění za ztížení společenského uplatnění stojí na podobných úvahách. Oba instituty představují náhradu škody, která spočívá ve ztrátě možnosti lepší budoucnosti. U ztížení společenského uplatnění je však - alespoň dle českého práva - zapotřebí postavit najisto existenci příčinné souvislosti, tj. že újma (např. v podobě poškozeného kolene) je důsledkem protiprávního jednání škůdce (zde tedy např. operujícího lékaře). Poté, co je lékař shledán odpovědným, nastupuje otázka spravedlivého odškodnění, jehož součástí může být i náhrada za ztrátu šance hrát hokej na nejvyšší úrovni. Alespoň za krátké zamyšlení stojí myšlenka, že ve skutečnosti ale nemuselo k žádné opravdové újmě dojít. Původně talentovaný hokejista se může nakonec stát např. úspěšným a spokojeným podnikatelem, který může vést plnohodnotnější život, než který by vedl jako špičkový hokejista. Ani po důkladném zvážení všech okolností případu nemůže být žádný soud schopen určit, jaký život by poškozený vedl nebýt protiprávního jednání žalovaného. Zbývá mu tedy pouze odhadnout možné šance poškozeného na vedení kvalitnějšího života a dle toho stanovit co nejspravedlivější náhradu za zmaření těchto šancí.

V ještě větší nejistotě pak soud musí rozhodovat v případě žaloby na určení nového nároku za ztížení společenského uplatnění při následném zhoršení již ustáleného zdravotního stavu. Pro soud je totiž *rozhodující porovnání omezených či ztracených možností společenského uplatnění v době před zhoršením zdravotního stavu se stavem novým*⁷². Na pomyslných miskách vah tedy stojí pouze odhady a vlastní posouzení nejistých možností a šancí, které žalobce ztratil. Otázka skutečné či jisté újmy je tak nasnadě i v případě náhrad za ztížení společenského uplatnění.

⁷² Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 8. 2006, sp. zn. 25 Cdo 991/2006.

4 K jednotlivým podmínkám odpovědnosti za škodu

4.1 Obecně

Na téma odpovědnosti již byl napsán bezpočet odborných prací. Odpovědnost patří mezi základní koncepty všech právních řádů po celém světě. V praxi se s ní každý člověk setkává dnes a denně, bez rozdílu jeho právní erudovanosti. Doc. Judr. Věra Korecká, CSc. ji vymezuje jako „*sekundární právní povinnost, která vznikla subjektu, jenž porušil primární právní povinnost vyplývající pro něj ze zákona nebo z jiné právní skutečnosti (např. ze smlouvy). Tato sekundární neboli jinak nazývaná též odpovědnostní povinnost je v podstatě sankcí, ukládanou rušiteli primární právní povinnosti, a znamená zatížení subjektu, jenž porušil právo, určitými nepříznivými právními následky*“.⁷³

Obecný koncept občanskoprávní odpovědnosti za škodu požaduje splnění tří základních podmínek – protiprávní úkon, existenci újmy a příčinnou souvislost mezi nimi. V případě porušení zákonné povinnosti se k nim přidává ještě zavinění. V případech, kde přichází v úvahu aplikace doktríny ztráty šance, dochází ohledně výše uvedených podmínek k určité modifikaci. Tu si vynucuje nejenom samotný teoretický základ doktríny, ale i specifické právní odvětví, v němž se doktrína nejvíce uplatní – právo zdravotní péče – a s ním v úvodu této práce nastíněné problémy, které jsou blíže analyzovány níže.

4.2 Protiprávní úkon

Protiprávní úkon patří do kategorie subjektivních právních skutečností. Úkon může spočívat jak v aktivním konání, tak i v opomenutí. V případech, kdy soudy obvykle teorii ztráty šance aplikují, bývá právě opomenutí typickou formou protiprávního úkonu. Jedná se zejména o neprovedení konkrétních vyšetření či testů, bez nichž lékař špatně stanovil diagnózu a tím i následnou léčbu. Častým argumentem žaloby pak bývá tvrzení (podpořené znaleckými posudky) o tom, že kdyby lékař včas rozpoznal symptomy a provedl potřebná vyšetření, existovala šance, že by neblahé následky onemocnění či zranění nebyly tak vážné, nebo by se jim dalo zcela předejít.

⁷³ FIALA, Josef, a kol.: Občanské právo hmotné. 3. opravené a doplněné vyd. Brno: Nakladatelství Doplněk, 2002. Hlava 1, Závazky k náhradě škody, s. 346.

Opomenutí je typické i pro další okruh případů, kdy zahraniční soudy aplikují teorii ztráty šance – jedná se například o marné uplynutí lhůty pro nějaký právní úkon, který znamená ztrátu šance vyhrát spor. Protiprávní může být samozřejmě i aktivní chování, kdy lékař chybně vykoná operaci, porod nebo pacienta špatně ošetří.

Protiprávní úkon je takový úkon, který je v rozporu s objektivním právem – právním předpisem či existujícím závazkem. U případů ztráty šance je nejčastěji žalován lékař za zanedbání lékařské péče. Jakou konkrétní právní povinnost ale porušuje?

Povinnosti lékaře a dalších osob, které jsou poskytovateli služeb v oblasti péče o zdraví (tudíž např. i zdravotnických zařízení) stanoví v obecné rovině nový občanský zákoník. Při poskytování zdravotní péče počítá s uzavřením smlouvy o péči o zdraví. Ta stanoví závazek poskytovatele pečovat o zdraví ošetřovaného v rámci svého povolání nebo předmětu poskytované služby. Dle § 2643 je poskytovatel zdravotní péče povinen postupovat *s péčí řádného odborníka, a to i v souladu s pravidly svého oboru*. Dle § 2645 odpovídá za to, že splní své povinnosti s péčí řádného odborníka; k ujednáním, která to vylučují nebo omezují, se nepřihlíží.

Důvodová zpráva uvádí, že *povinnost poskytovatele se týká především řádného provedení činnosti podle zásad odbornosti, tj. de lege artis*. Zdůrazňuje, že poskytovatel zpravidla nenese objektivní odpovědnost za výsledek, ale pouze za odbornost svého výkonu. V tomto smyslu musí poskytovatel ošetřovaného řádně poučit. Lékař tedy i nadále není odpovědný za výsledek, ale pouze za postup. Navíc zde existuje i liberační důvod v podobě mimořádné nepředvídatelné a nepřekonatelné překážky vzniklé mimo jeho sféru vlivu.

Definovat pojem *lege artis* a dát mu jednoznačný obsah je však těžký úkol. Ačkoliv právní praxe s ním poměrně hojně pracuje, žádný zákon jej výslovně nedefinuje. Odborná literatura i praxe ale za jakési vodítko považují ustanovení § 11 a § 55 zákona č. 22/1996 Sb., zákona o péči o zdraví lidu.

V § 11, odst. 1 zákona o péči o zdraví lidu se uvádí, že *„zdravotní péči poskytují zdravotnická zařízení státu, obcí, fyzických a právnických osob v souladu se současnými dostupnými poznatky lékařské vědy. Podmínky poskytování zdravotní péče ve zdravotnických zařízeních stanoví zvláštní zákony...“*. V § 55, odst. 1 téhož zákona se navíc dočteme, že *zdravotničtí pracovníci jsou povinni vykonávat zdravotnické povolání*

svědomitě, poctivě, s hluboce lidským vztahem k občanům a s vědomím odpovědnosti ke společnosti. Tato dvě ustanovení jsou také nejčastěji citovanými odkazy v judikatuře soudů ČR z oblasti lékařské péče.

Další vodítko je možno nalézt v Etickém kodexu České lékařské komory (§ 2, odst. 1)⁷⁴:

„Lékař v rámci své odborné způsobilosti a kompetence svobodně volí a provádí ty preventivní, diagnostické a léčebné úkony, které odpovídají současnému stavu lékařské vědy a které pro nemocného považuje za nejvýhodnější. Přitom je povinen respektovat v co největší možné míře vůli nemocného (nebo jeho zákonného zástupce).“

Případná neurčitost tohoto termínu nicméně nebrání soudům jej poměrně hojně používat. V některých rozhodnutích je pojem ztotožňován s povinností zvolit správný léčebný postup a neporušit žádnou právní povinnost, která by vedla ke zhoršení stavu:

*„...v řízení bylo prokázáno, že lékaři postupovali při léčbě žalobkyně tzv. **lege artis**, tj. zvolili správný léčebný postup odpovídající typu poranění a z jejich strany nebyla porušena žádná právní povinnost, která by vedla ke zhoršení stavu zraněného palce.“*⁷⁵

Z rozhodnutí Nejvyššího soudu 25 Cdo 4223/2009⁷⁶:

*„Soud dospěl k závěru, že v dané věci nelze dovodit odpovědnost zdravotnického zařízení dle ustanovení § 420 obč. zák., jestliže bylo při zákroku postupováno „**lege artis**“, neboť na straně žalované nedošlo k porušení právní povinnosti; podotkl, že každý lékařský zákrok v sobě nese určitou míru rizika poškození zdraví či dokonce úmrtí pacienta.“*

Dále uvedl:

*„V oblasti poskytování zdravotní péče jsou zdravotnická zařízení povinna postupovat v souladu se současnými dostupnými poznatky lékařské vědy (§ 11 odst. 1 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů). Takový postup je označován jako „**lege artis**“. Nedodržení těchto pravidel je protiprávním jednáním. Každá konkrétní situace se přitom posuzuje individuálně, neboť lékařská věda disponuje různými a různě účinnými a bezpečnými postupy k provedení konkrétního léčebného zákroku. Zvažuje se též, zda zdravotnické zařízení (lékař) zvolilo*

⁷⁴ Dostupný také online: <http://www.lkcr.cz/stavovske-predpisy-clk-212.html>.

⁷⁵ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 20.12.2011, sp. zn. 25 Cdo 1333/2010.

⁷⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 26.10.2011, sp. zn. 25 Cdo 4223/2009.

postup adekvátní charakteru nemoci a šetrný k pacientovi a zda způsob provedení byl bez vad. Vše je třeba posuzovat tzv. „ex ante“, tj. na základě poznatků, které měl lékař k dispozici v době svého rozhodnutí, respektive v době provádění zákroku.“

Specifikum sporů o náhradu škody v souvislosti s poskytováním zdravotní péče spočívá v tom, že otázku, zda zdravotnické zařízení postupovalo v souladu se současnými dostupnými poznatky lékařské vědy (lege artis), je nutno posuzovat za pomoci znalců – lékařů, a podkladem pro právní závěr o porušení uvedené povinnosti je zpravidla znalecký posudek z oboru zdravotnictví. Jak škůdce jednal, je otázkou skutkovou; jak měl jednat, je sice právní úvahou, avšak prakticky převoditelnou na otázku, jak v daných okolnostech jedná patřičně rozumná a zodpovědná osoba dané profese a kvalifikace. Tím se v podstatě rovněž blíží otázce skutkové, kterou soud zjišťuje cestou znaleckého posouzení, tedy dokazování. Z hlediska aplikační praxe je tedy otázka standardu náležité zdravotní péče přiměřeného konkrétním okolnostem případu fakticky rovněž otázkou skutkovou, přinejmenším v tom smyslu že odpověď na ni je vyvozována z provedeného dokazování.“

Kromě zákona o péči o zdraví lidu může být dalším zdrojem inspirace i Úmluva o lidských právech a biomedicíně vytvořená v rámci Rady Evropy v roce 1997, na kterou v této souvislosti české soudy také často odkazují. Viz například rozhodnutí Nejvyššího soudu z roku 2005⁷⁷:

„Obdobně Úmluva o lidských právech a biomedicíně, sdělení MZV č. 96/2001 Sb.m.s. (dále jen „Úmluva“), ve svém článku 4 stanoví, že jakýkoliv zákrok v oblasti péče o zdraví, včetně vědeckého výzkumu, je nutno provádět v souladu s profesními povinnostmi a standardy. Úmluva je součástí právního řádu České republiky, neboť splňuje požadavky stanovené v článku 10 ústavního zákona ČNR č. 1/1993, Ústavy ČR.

...

V trestněprávní nauce se běžně považuje za porušení „lege artis“, pokud lékař při výkonu svého povolání nedodrží rámec pravidel vědy a medicínských způsobů a to v mezích daných rozsahem svých úkolů podle pracovního zařazení i konkrétních podmínek a objektivních možností.

⁷⁷ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 22. 3. 2005, sp. zn. 7 Tdo 219/2005.

V odborné literatuře zabývající se trestním právem ve zdravotnictví je pojem *lege artis* popsán jako *způsob léčení, prevence a diagnostiky, který je v souladu s nejvyšším stupněm vědeckého poznání a praxe. Doslovně to v překladu znamená zákonným způsobem, nejde však o žádný zákon, který by určoval, jak má být při léčbě postupováno.*⁷⁸

Samotné stanovení chybné diagnózy tedy samo o sobě není porušením povinnosti postupovat *lege artis*. Tím ale může být závažné porušení postupů pro její určování způsobené nedbalostí, spočívající např. v bezdůvodném nevyužití dostupných diagnostických metod. Lékař tedy neodpovídá za špatně stanovenou diagnózu, jestliže k ní dospěl využitím postupu *lege artis*.⁷⁹ Poslední uvedené rozhodnutí je navíc zajímavé tím, že se zabývá dovoláním proti rozhodnutí Krajského soudu, jímž Krajský soud na základě odvolání zprostil dva obviněné lékaře obžaloby. Důvodem bylo to, že dle názoru Krajského soudu pochybení diagnostické povahy nejsou porušením důležité povinnosti a poukázal na neexistenci obecného předpisu, který by obviněným při provádění porodu ukládal určité povinnosti. „Podle krajského soudu ovšem neexistují obecně závazné předpisy, jak v takových konkrétních případech postupovat, takže nelze ani říci, jak vlastně obvinění měli postupovat.“ Dle mého názoru však Krajský soud opomenul existující právní úpravu v podobě § 55 zákona o péči o zdraví lidu, Úmluvy o lidských právech a biomedicíně i závěry trestněprávní nauky v tomto směru. Zdá se tedy vidět, že ani druhoinstanční soudy nemají jasnou představu o tom, jaký význam má při výkonu lékařského povolání povinnost postupovat *lege artis*.

Ze zákona o péči o zdraví lidu, Úmluvy o biomedicíně, odborné literatury i jiných zdrojů je možné získat poměrně jasnou představu o obsahu pojmu *lege artis*. Složitější je ale jeho aplikace, a to zejména v oblasti dokazování.⁸⁰ Hlavním důkazním prostředkem bývají v těchto případech znalecké posudky z oblasti zdravotnictví, jejichž závěry nejsou vždy jednoznačné a ověřitelné – jejich důkazní hodnota je tudíž velmi často problematická a bývá zpochybňována procesními stranami sporu.

⁷⁸ CÍSAŘOVÁ, D., SOVOVÁ, O. et al. *Trestní právo a zdravotnictví*. 2, upravené vyd. Praha: LexisNexis, 2004.

⁷⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 3. 2005, sp. zn. 7 Tdo 219/2005.

⁸⁰ Viz např. HUDEČEK R.: Dokazování přiměřenosti plnění povinností při provádění lékařského zákroku. *Právní rozhledy*, č. 5, 2000, s. 212.

Zavinění ve zdravotnickém právu

Dříve byla obecná občanskoprávní odpovědnost konstruována jako odpovědnost subjektivní. Zavinění škůdce nebylo třeba dokazovat, neboť byly-li předpoklady odpovědnosti prokázány, zavinění se předpokládalo. Škůdce pak musel prokázat, že škodu nezavinil, a to ani z nevědomé nedbalosti. *Nestačí, že prokáže, že učinil vše podle svých subjektivních schopností a znalostí. Kritérium tohoto hodnocení je objektivní, tedy rozhodující je míra úsilí, kterou je možno požadovat od každého. Toto měřítko se přitom aplikuje konkrétně, tedy s přihlédnutím k určité situaci, a diferencovaně, tedy s přihlédnutím k postavení a poměrům jednajícího, např. odbornosti lékaře.*⁸¹

Nový občanský zákoník rozlišuje mezi porušením povinnosti vyplývající ze smlouvy a mezi porušením zákona či zásad dobrých mravů. Povinnost k náhradě škody způsobené porušením zákona se spojuje se zaviněním. Jak uvádí důvodová zpráva k novému zákoníku, požadavek na zavinění se vytýká přímo jako podmínka vzniku povinnosti nahradit škodu, nikoli až jako exkulpační důvod, jak tomu bylo v předchozím § 420. Pro tyto situace platí domněnka nedbalosti. § 2912 odst. 2 pak stanoví, že dá-li škůdce najevo zvláštní znalost, dovednost nebo pečlivost, nebo zavázeli se k činnosti, k níž je zvláštní znalosti, dovednosti nebo pečlivosti zapotřebí, a neuplatní-li tyto zvláštní vlastnosti, má se za to, že jednal nedbale. Porušení smluvní povinnosti je konstruováno přísněji, neboť škůdce je povinen nahradit škodu bez ohledu na své zavinění.

Jelikož občanský zákoník uvádí smlouvu o péči o zdraví jako nový smluvní typ, lze předpokládat, že činnosti poskytované v rámci péči o zdraví budou posuzovány jako plnění ze smlouvy. Případy porušení povinností se tedy budou řídit § 2913 a násl. Občanského zákoníku. Poskytovatel zdravotní péče se zproští odpovědnosti, jestliže prokáže, existenci překážky vis major, jak je uvedeno výše. Je možné, že požadavek nepředvídatelnosti překážky se může stát problematickým. Při lékařských či jiných obdobných zákrocích jsou komplikace většinou předvídatelné, tj. lékař si je vědom konkrétních komplikací, které s sebou jím prováděná činnost nese a jeho úkolem je předvídat je a snažit se jim svým odborným postupem vyhnout. Nicméně domnívám se,

⁸¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 10. 2011, sp. zn. 25 Cdo 4223/2009.

že poskytovatel péče se své odpovědnosti zproští i tak, a to jestliže prokáže, že jednal s péčí řádného odborníka.

U objektivní odpovědnosti dle § 2936 (původně upraveno odchylně v § 421a ObčZ) zavinění nehraje roli. Stejně tak tomu je i u odpovědnosti za zásah do přirozených práv člověka na základě § 2956 a násl. Míra zavinění (ve formě nedbalosti či úmyslu) však může mít význam při určování výše náhrady, neboť soud při svých úvahách může tuto okolnost zohlednit.

4.3 Újma

4.3.1 Definice újmy/škody

*Újmu můžeme vymezit jako ztrátu, kterou někdo utrpí na statku chráněném právem – tedy takovou ztrátu, kterou právo uzná za hodnou nápravy.*⁸² Dle způsobu, jak s pojmy újma a škoda pracuje nový občanský zákoník, lze říci, že újma se dělí na škodu (která má majetkovou povahu) a nemajetkovou újmu. Občanský zákoník ukládá v § 2952 škůdci povinnost uhradit skutečnou škodu a ušlý zisk, přičemž stejně tomu bylo i v původním předpise. Skutečnou škodou je míněna „*újma, která nastala (projevuje se) v majetkové sféře poškozeného (spočívá ve zmenšení jeho majetkového stavu) a je objektivně vyjádřitelná všeobecným ekvivalentem, tj. penězi, a je tedy napravitelná poskytnutím majetkového plnění, především penězi; proto reprezentuje majetkové hodnoty, které je nutno vynaložit, aby byl majetkový stav poškozeného uveden na předešlou úroveň.*“⁸³ Ušlým ziskem je pak újma spočívající v tom, že „*u poškozeného nedojde v důsledku škodné události k rozmnožení majetkových hodnot, ač se tak dalo očekávat s ohledem na pravidelný běh věcí. Ušlý zisk se neprojevuje zmenšením majetku poškozeného, nýbrž ztrátou očekávaného přínosu. Pro výši ušlého zisku je rozhodující, jakému prospěchu, k němuž mělo reálně dojít, zabránilo jednání škůdce, tedy konkrétně o jaký reálně dosažitelný (nikoli hypotetický) prospěch poškozený přišel.*“⁸⁴

Kromě majetkové újmy ale upravuje občanský zákoník i náhradu újmy nemajetkové. „*Nemajetková újma je psychickým stavem, jenž není co do své podstaty přesně ohraničitelným, a odvíjí se od toho, jakou nemajetkovou újmu poškozená osoba*

⁸² ELIÁŠ, K. a kol.: Občanské právo pro každého. Pohledem (nejen) tvůrců nového občanského zákoníku. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013.

⁸³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14. 2. 2006, sp. zn. 20 Cdo 2542/2005.

⁸⁴ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 31. 10. 2007, sp. zn. 25 Cdo 2857/2005.

subjektivně pociťuje. Nemajetková újma je tedy kategorií čistě subjektivní, kterou lze prokázat jen se značnými obtížemi, a proto se ve své podstatě nedá odškodnit to, jak se poškozený cítil, ale zda měl vzhledem ke všem okolnostem případu důvod se cítit poškozeným.“⁸⁵

Nový občanský zákoník se přihlásil k pojetí škody v širším smyslu, jak jej chápou i principy evropského deliktního práva a podstatně změnil pojetí nemajetkové újmy a její nahrazování. Je také důslednější v používání pojmosloví - pojem „škoda na zdraví“ nahrazuje termínem „ublížení na zdraví“, zatímco pojem „škoda“ používá pouze v souvislosti s majetkovou újmou.

4.3.2 Náhrada nemajetkové újmy

Náhrada nemajetkové újmy je při poškození zdraví či smrti přinejmenším stejně důležitá jako náhrada škody majetkové (v závislosti na její intenzitě a době trvání). Jak je již uvedeno v předešlé podkapitole, jedná se o subjektivní kategorii. Určit s exaktní přesností výši náhrady za vytrpěnou bolest nelze. V § 2955 je určen náhradní způsob jejího určení, kterým je spravedlivé uvážení jednotlivých okolností případu soudem. Důležité je mít na paměti, že povinnost nahradit nemajetkovou újmu vzniká pouze tehdy, jestliže to vyplývá ze smlouvy nebo ze zákona (§ 2894). Zákon přitom uvádí jen několik málo případů, kdy je škůdce povinen i k náhradě nemajetkové újmy. Kromě bolestného a ztížení společenského uplatnění upravuje nový občanský zákoník i povinnost odčinit způsobené duševní útrapy. Posoudit výši duševních útrap nebude pro soud vůbec lehké a bude zajímavé sledovat, jakým směrem se bude judikatura v této oblasti ubírat.

Nový občanský zákoník ukládá povinnost nahradit nemajetkovou újmu přiměřeným zadostiučiněním, přičemž toto zadostiučinění musí být skutečné a dostatečně účinné. Upřednostňuje přitom peněžitou formu; jinou formu lze zvolit pouze tehdy, jsou-li pro to dostatečné důvody. Způsob a výše zadostiučinění musí odpovídat okolnostem hodným zvláštního zřetele – např. úmyslu způsobit újmu, užití lsti, pohrůžce, zneužití závislosti poškozeného na škůdci, diskriminaci či obavám poškozeného ze ztráty života nebo vážného poškození zdraví. Občanský zákoník stanoví nově i povinnost škůdce nahradit nemajetkovou újmu každému, kdo

⁸⁵ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 31. 1. 2012, sp. zn. 30 Cdo 2579/2011.

způsobenou újmu pociťuje jako jinak neodčinitelné osobní neštěstí; tato povinnost však nastává pouze při zvláštních okolnostech.

Výše nemajetkové újmy a její prokazování

Dokazování nemajetkové újmy je obtížné a náhrada za ni musí být stanovována vždy na základě individuálního posouzení každého případu. Není proto divu, že bývá často předmětem sporu procesních stran, neboť při jejím výpočtu nelze postupovat dle žádných zobecněných matematických postupů a její výši nelze empiricky ověřit.

Obecně soudy přiznávají náhradu jen té části škody, kterou žalobce před soudem prokázal.

Jestliže poškozený prokáže v občanském soudním řízení vznik škody, ale neprokáže její výši uplatněnou v žalobě, přizná soud náhradu škody ve výši, jež byla prokázána; ohledně té části škody, jejíž výši lze zjistit jen s nepoměrnými obtížemi nebo ji nelze zjistit vůbec, může soud s přihlédnutím k výsledkům provedeného dokazování použít ustanovení § 136 o. s. ř.⁸⁶

Jestliže žalobce není schopný sám stanovit výši svého nároku, může ji na základě vlastního zvážení určit soud.

Je-li žalobní nárok důvodný co do základu, nemůže soud žalobu zcela zamítnout pro neunesení důkazního břemene týkající se výše nároku. V takovém případě určí výši nároku soud podle své úvahy⁸⁷.

Odškodnění za újmu na zdraví se v předchozí právní úpravě řídilo velmi diskutovanou vyhláškou č. 440/2001 Sb. O nepřiměřeně nízkých částkách náhrad stanovovaných na základě této vyhlášky toho již bylo napsáno mnoho. Nejvyšší soud ve svém stanovisku z roku 2010⁸⁸ sice uvádí, že *výsledná výše odškodnění musí být přiměřená povaze následků a jejich předpokládanému vývoji*, zároveň však uvádí, že *přiměřené zvýšení odškodnění stanoveného na základě bodového ohodnocení v lékařském posudku ve smyslu ustanovení § 7 odst. 3 vyhlášky je možné odůvodnit pouze existencí takových výjimečných skutečností, že omezení poškozeného nelze omezení*

⁸⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČSR ze dne 29. 12. 1983, sp.zn. 1 Cz 47/83.

⁸⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 3. 2012, sp. zn. 32 Cdo 4762/2010.

⁸⁸ Stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 12. 1. 2011 k výkladu stanovení výše odškodnění za ztížení společenského uplatnění, Cpjn 203/2010.

poškozeného vyjádřit jen základním odškodněním za ztížení společenského uplatnění. Mezi takové výjimečné okolnosti patří společenské uplatnění, povolání, věk, atd.

Nový občanský zákoník odškodňování na základě tabulek zrušil a bude tak pouze na úvaze soudu přiřadit každé jednotlivé újmě na zdraví peněžní hodnotu a zohlednit přitom veškeré okolnosti případu, jako např. konkrétní schopnosti a potenciál poškozeného. Ať už kvůli obavám z toho, jak velkou volnost soudy najednou získaly, nebo kvůli velké nejistotě a absenci jakéhokoliv měřítka, Nejvyšší soud se rozhodl spolupracovat s ostatními zainteresovanými odborníky a nabídnout soudcům, ale i případným mediátorům, rozhodcům a advokátům nějakou alternativu. V březnu 2014 vydal Metodiku k náhradě nemajetkové újmy na zdraví (bolest a ztížení společenského uplatnění podle § 2958 občanského zákoníku)⁸⁹. Odborná veřejnost se v zápětí rozdělila na dva tábory – jeden aktivitu Nejvyššího soudu kvituje, druhý argumentuje porušením principu dělby moci a obcházením legislativního procesu. Podle mého názoru je třeba mít na vědomí, že metodika je nezávazným doporučením, a že je pak pouze na poškozeném, resp. na jeho právním zástupci, jak bude odůvodňovat a dokazovat výši požadované náhrady, která se třeba bude výrazně lišit od částek stanovených Metodikou. Na druhou stranu je důležité uvědomit si, že v současném vakuu představuje Metodika alespoň nějaké vodítko, přičemž mnozí zdůrazňují, že bude mít velkou váhu také při mimosoudních vyrovnáních. Představuje neutrální základ pro případné další jednání o výši náhrady mezi poškozenými, škůdci, pojišťovnami a jejich právními zástupci. Svou aktivitu Nejvyšší soud odůvodňuje tím, že Občanskoprávní a obchodní kolegium Nejvyššího soudu se po široké diskuzi s dalšími odborníky snažilo přispět k naplňování principu legitimního očekávání a právní jistoty a v souladu s důvodovou zprávou k novému občanskému zákoníku sepsalo čistě nezávazné zásady a postupy pro soudní praxi v podobě uvedené metodiky.

Výše částek, které české soudy dosud přiznávaly jako náhradu nemajetkové újmy, a to zejména těch poskytovaných na základě § 444 původního občanského zákoníku, byla často kritizována jako nesmyslně nízká a neodpovídající realitě. A to nikoliv pouze ve srovnání s několikanásobně vyššími náhradami přiznávanými v USA,

⁸⁹ Metodika Nejvyššího soudu k náhradě nemajetkové újmy na zdraví (bolest a ztížení společenského uplatnění podle § 2958 občanského zákoníku. [citováno 12. 5. 2014], dostupné z <]http://http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/ns_web.nsf/Metodika.

ale také v porovnání se západní či severní Evropou.⁹⁰ Jako nespravedlivé je vnímali nejenom poškození, ale i odborná a laická veřejnost. Před několika lety byla jako výjimečně vysoká částka přiznaná jako odškodnění za chybný postup lékařů celkem 3,5 milionu Kč pro čtyři poškozené osoby. Jednalo se o případ ženy, která zemřela při porodu dítěte vinou fatálního pochybení nemocnice. Soud přířkl jeden milion korun každému ze tří pozůstalých dětí a půl milionu otcí. Výši odškodnění soudkyně mimo jiné odůvodnila i tím, že *žalobci kromě žalu bojovali ještě se soudržností lékařů, kteří drželi při sobě jako profesní elitní skupina*⁹¹. Na dalším mediálně známém případě je možné posoudit, jaké konkrétní okolnosti soud při stanovování výše odškodného zohledňuje. Jednalo se o případ tříměsíční holčičky, která zemřela poté, co ji lékaři při operaci položili na příliš horkou vyhřívací podušku. Soud přířkl rodičům za smrt jejich dcery 400 000,- Kč každému. Náhrada nemajetkové újmy byla poskytnuta na základě § 13 odst. 3 původního občanského zákoníku. Soud shrnul způsob stanovení výše náhrady následovně:

*Pro určení náhrady nemajetkové újmy v penězích soudem dle § 13 odst. 3 ObčZ nejsou stanovena žádná exaktní kritéria ani metodiky výpočtu. Stanovení relativní satisfakce je věcí volné úvahy soudu vycházející z konkretizace obecných zákonných kritérií v podobě závažnosti vzniklé újmy a okolností, za nichž k porušení práva došlo.*⁹²

Mezi okolnosti které soud zohlednil, patřil věk usmrceného dítěte, zvláště traumatizující způsob usmrcení (popáleniny a postupné selhávání orgánů), platební schopnost a finanční zázemí nemocnice (žalované strany), poskytnutá morální satisfakce, fakt, že dítě nebylo jediným potomkem rodičů a také to, že újma vznikla nikoliv úmyslně, ale ve snaze pomoci. Z pohledu teorie ztráty šance je velice zajímavá také další okolnost, kterou soud zvážil a to konkrétně fakt, že dívka byla operována v souvislosti se zdravotním nálezem, který se objektivně ukázal jako závažný (závažné nádorové onemocnění), přičemž však v důsledku vzniklých okolností došlo k odnětí jakékoli šance a naděje na její přežití.

⁹⁰ Srovnej např. MACH, J.: Náhrada škody za újmu na zdraví. Bulletin advokacie, č. 1, 2000. Autor uvádí zajímavé srovnání výše odškodného v ČR a v Německu. V roce 2000 činilo bolestné v případě amputace ruky v ČR 2 400,- Kč, v SRN pak 30 000,- DEM.

⁹¹ [online]. [citováno 26.5.2013], dostupné z: http://zpravy.ihned.cz/cesko/c1-57247190-za-smrt-vinou-lekaru-padlo-rekordni-odskodneni-nemocnice-trebic-zaplati-3-5-milionu?utm_source=mediafed&utm_medium=rss&utm_campaign=mediafed.

⁹² Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2008, sp. zn. 24 C 7/2007.

Částka 400 000,- Kč jistě neodpovídá traumatu, které museli oba rodiče při smrti své dcery prožívat. Argumentace v duchu toho, že vyšší náhrady by vedly k navýšení nákladů na pojištění, což by se promítlo do ceny zdravotní péče, podle mě neobstojí. Je smutnou pravdou, že většina poškozených pacientů či jejich pozůstalých se nakonec rozhodne se ani nesoudit a lékaři, kteří jednali neodborně nebo nedbale, tak zůstávají často nepotrestáni. Na vině je nejenom složité dokazování v této oblasti (jak je popsáno na jiných místech této práce), nejistota, časová i finanční nákladnost sporů a související psychická traumata, ale i právě výše částek, které na konci dlouhého sporu nakonec soudy v kladném případě (možná) přiznají. Možná, že zvýšení výše náhrady (alespoň té orientační) na více než dvojnásobek povede ke spravedlivějšímu odškodňování újmy na zdraví. Další zlepšení snad přinese i důslednější uplatňování principu proporcionality mezi způsobenou újmou a výší náhrady v duchu nálezu Ústavního soudu.⁹³

4.4 Příčinná souvislost

Ačkoliv otázka příčinné souvislosti není výslovně upravena v žádném právním předpise, kloním se k názoru jiných teoretiků, že to není na závadu věci. V rozsudcích českých soudů je však pojem příčinné souvislosti nejčastěji vykládán tak, že *„o vztah příčinné souvislosti se jedná, vznikla-li konkrétní majetková újma následkem konkrétního protiprávního úkonu škůdce, tedy je-li jeho jednání a škoda ve vzájemném poměru příčiny a následku. Příčinou škody může být jen takové protiprávní jednání, bez něhož by škodný následek nevznikl.*

Zjišťování příčinné souvislosti není otázkou právní, ale skutkovou, což má význam zejména při odvolání. *Otázka existence příčinné souvislosti je otázkou skutkovou, neboť v řízení se zjišťuje, zda protiprávní úkon škůdce a vzniklá škoda na straně poškozeného jsou ve vzájemném poměru příčiny a následku. Právní posouzení příčinné souvislosti spočívá ve stanovení, mezi jakými skutkovými okolnostmi má být její existence zjišťována.*⁹⁴

Protiprávní úkon přitom nemusí být jedinou příčinou, ale je nutné, aby byl příčinou podstatnou. Nicméně za jakých okolností lze příčinu označit za podstatnou není obecně stanoveno a záleží tudíž vždy na konkrétních okolnostech případu a

⁹³ Nález Ústavního soudu ze dne 29. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 350/03.

⁹⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 2. 2009, sp. zn. 25 Cdo 231/2007.

zvážení soudu. V komentáři k občanskému zákoníku z roku 2009 se dočteme, že *existence příčinné souvislosti nemůže být řešena obecně, ale vždy jen v konkrétních souvislostech*.⁹⁵ Jde tedy o vztah příčiny a následku, což se odráží ve zjišťování, zda by škoda nastala i bez oné příčiny spočívající v protiprávním jednání škůdce. Výše uvedený komentář k občanskému zákoníku k tomu v souvislosti se škodou na zdraví dále uvádí:

U škody na zdraví jde o zjištění, zda protiprávní úkon (škodní událost u objektivní odpovědnosti) byl vyvolávajícím činitelem poškození zdraví (srov. R 28/1980, R 11/1976). Příčinnou souvislost však nelze vylučovat jen z toho důvodu, že protiprávní jednání škůdce dovršilo již stávající nepříznivý zdravotní stav poškozeného (srov. R 21/1992). Zejména u škod na zdraví platí, že tzv. „působení na vadný základ“ (predispozice) nevylučuje příčinnou souvislost (srov. R 1/1963).

V tomto ohledu je zajímavý i judikát Nejvyššího soudu z roku 2011, který stanoví, že ani takové jednání, které bylo spouštěcím mechanismem pro vznik škody nelze považovat za samotnou příčinu jejího vzniku. V uvedeném rozhodnutí se jednalo o stafylokokovou infekci, jejíž vir se sice dostal do těla pacienta již před operací v žalovaném zdravotnickém zařízení, ale samotná infekce se spustila až operačním zákrokem. *Skutečnost, že provedení operace bylo spouštěcím mechanismem pro rozvoj infekčního onemocnění, jehož původce byl v těle žalobce již usazen, nenaplňuje podmínky odpovědnosti za škodu podle § 421a ObčZ*⁹⁶. Na základě tohoto zjištění tedy soud žalobu zamítl a znovu konstatoval, že i u tohoto typu absolutní odpovědnosti je nutné vždy prokázat všechny podmínky odpovědnosti a v tomto případě nelze konstatovat existenci příčinné souvislosti.

Příčinná souvislost ve zdravotnictví má trochu specifický charakter a je nutné ji posuzovat vždy velmi individuálně. Ústavní soud před více než čtyřmi lety konstatoval, že dokázat příčinnou souvislost se stoprocentní pravděpodobností je nemožné – blíže se tomuto rozhodnutí věnuji v kapitole 3.

„Určovat v lékařských postupech jednoduchý vztah příčiny a následku je samo o sobě velmi obtížné. Podstatou lékařství je vlastně vstupovat do celého řetězce příčin a následků, do procesů, které probíhají v lidském těle, a vnějším zásahem tyto procesy

⁹⁵ ŠVESTKA J., SPÁČIL J., ŠKÁROVÁ M., HULMÁK M. et al.: Občanský zákoník I, II, 2. vydání, Praha: C. H. BECK, 2009.

⁹⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 1. 9. 2011, sp. zn. 25 Cdo 2487/2009.

ovlivňovat, měnit jejich směr, působení atd. Zásah lékaře tak vlastně sám o sobě mění "přirozený běh věcí" v lidském těle, zasahuje do komplexních vztahů příčin a následků. I v případě aktivního jednání lékaře, který zvolí určitý léčebný postup, je velmi obtížné, ba vyloučené stanovit, zda tento postup byl nade vší rozumnou pochybnost jedinou možnou příčinou škodlivého stavu, který nastal. O to obtížnější je to v případě opomenutí, kdy lékař nezvolí postup, který na základě soudobých a dostupných znalostí lékařství zvolit mohl a měl. Prokázat, že právě a pouze toto opomenutí tvoří se škodlivým důsledkem ničím nenarušený vztah, je v podstatě nemožné."⁹⁷

Nicméně ani (často) praktická nemožnost dokázat příčinnou souvislost ve sporech o zanedbání lékařské péče nebrání soudům požadovat její jednoznačné prokázání – viz následující rozhodnutí Nejvyššího soudu:

*„Po doplnění dokazování znaleckým posudkem Lékařské fakulty Univerzity Karlovy v H. K. ze dne 27.7.2005 soud prvního stupně dospěl k závěru, že nebyla jednoznačně prokázána příčinná souvislost mezi postupem zaměstnankyně žalované MUDr. V. B. při vyšetření a léčbě pacientky K. J. dne 15.2.2001 a jejím úmrtím. Přestože MUDr. V. B. byla trestním příkazem Okresního soudu v Ostravě ze dne 5.12.2001, č.j. 13 T 168/2001-81, který nabyl právní moci dne 31.5.2002, za lékařský postup non lege artis uznána vinnou a odsouzena za trestný čin ublížení na zdraví podle ustanovení § 224 odst. 1 a 2 trestního zákona (k trestu odnětí svobody v trvání jednoho roku s podmíněným odkladem na zkušební dobu dvou roků a šesti měsíců a k zákazu výkonu práce lékaře na interní pohotovostní nebo příjmové ambulanci na dobu pěti let), ze znaleckých posudků Lékařské fakulty Univerzity Karlovy ze dne 14.5.2001 a ze dne 27.7.2005 vyplývá, že závislost mezi pochybením lékařky a pozdějším úmrtím pacientky není jednoznačná a že i jiní nemocní v tak závažném zdravotním stavu často umírají i při poskytnutí adekvátní léčebné péče a správném diagnostickém léčebném postupu v nemocnicích. Soud prvního stupně proto uzavřel, že pro chybějící příčinnou souvislost mezi postupem lékařky a smrtí pacientky nebyl prokázán protiprávní zásah do práva žalobců na soukromí a rodinný život chráněného ustanovením § 11 obč. zák.“*⁹⁸

Ve stejném duchu je i další z rozhodnutí Nejvyššího soudu, kterým potvrdil správnost rozhodnutí odvolacího soudu i soudu první instance. V uvedeném případě soudy nižších stupňů došly k závěru, že žalobkyně neunesla důkazní břemeno ohledně

⁹⁷ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

⁹⁸ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 19. 4. 2010, sp. zn. 30 Cdo 5188/2007.

příčinné souvislosti bez ohledu na to, že ji ani objektivně prokázat nešlo. Jediným možným způsobem by totiž byla pitva, kterou ale již nebylo možné provést.⁹⁹

Otázkou příčinné souvislosti se Nejvyšší soud zabýval i ve spojitosti s ustanovením § 421a původního občanského zákoníku. Konstatoval, že *pokud není najisto postavena existence příčinné souvislosti mezi okolnostmi majícími původ v povaze věci použité při zdravotnické službě a poškozením zdraví, není dán základ nároku na odškodnění podle § 421a ObčZ.*¹⁰⁰ Toto rozhodnutí reagovalo na několik rozsudků soudů nižších stupňů, týkajících se přenosu žloutenky typu B. Soudy totiž z důvodů těžko prokazatelné příčinné souvislosti mezi jednáním škůdce (tj. např. odběrem krve ve zdravotnické zařízení) a nakažením touto nemocí používaly domněnku, že jestliže lékařské zákroky, které žalovaní prováděli, a přístroje, které užíli, mohly být zdrojem nákazy žalobce, a jestliže současně nebylo prokázáno, že k nákaze mohlo dojít jiným způsobem, resp. že žalobce by škodu spoluzavinil (např. svým rizikovým chováním), pak jsou žalovaní za škodu odpovědní. V této souvislosti soudu stačilo prokázání toho, že právě takové zákroky s sebou nesou riziko přenosu nákazy.¹⁰¹ Nejvyšší soud k tomu dále uvedl:

Nestačí důkaz o tom, že např. byla užitá jehla (např. k odběru krve) a že s užitím nesterilní jehly je spojeno vysoké riziko přenosu hepatitidy, nýbrž musí být podán důkaz, že jehla byla v daném případě nesterilní (resp. nebyla užitá poprvé či náležitě sterilizována) a právě pro uvedené riziko lze dovodit příčinnou souvislost mezi užitím nesterilního nástroje a virovým onemocněním. Příčinná souvislost může být dána jen tehdy, jestliže jsou obecně rizikové vlastnosti užitého přístroje nebo jiné věci v konkrétním případě prokázány.

Tento případ je zajímavý tím, že soud také netrval na stoprocentním prokázání příčinné souvislosti, ale pouze na prokázání rizika. Žalobce nemusí prokazovat, že se skutečně nakazil v důsledku protiprávního aktu žalovaného, ale že žalovaný svým jednáním přivodil určité riziko nakažení.

Prokázání příčinné souvislosti však nebrání, jestliže nelze zjistit konkrétní způsob vzniku škody, ale lze-li přesto považovat za prokázané, že škoda vznikla v důsledku příslušného zákroku. Tak tomu bylo v případě žaloby na náhradu škody za

⁹⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 2. 2006, sp. zn. 25 Cdo 2511/2005.

¹⁰⁰ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 10. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1003/2002.

¹⁰¹ K tomu např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. 9. 2006, sp. zn. 25 Cdo 508/2005.

neprůchodnost močovodu, přičemž bylo jednoznačně prokázáno, že k tomu došlo při operaci žalované. Dle znaleckých posudků však konkrétní příčinu nebylo možné identifikovat.

Nebylo však možné určit přesnou příčinu tohoto poškození. Ze všech v úvahu přicházejících příčin svědčí důkazy pro závěr, že močovod byl zaškrcen okolní tkání přitaženou stehem založeným v okolí močovodu a přitažení močovodu tímto stehem je okolností, která má původ v povaze přístroje nebo jiné věci, již bylo při poskytnutí služby použito. Odpovědnost žalovaného za škodu způsobenou žalobkyní je objektivní, bez možnosti liberace.¹⁰²

Tento případ také velmi dobře ilustruje to, jak důležité je stanovit mezi jakými okolnostmi má být příčinný vztah posuzován. Odvolací soud považoval za příčinu škody špatně provedenou operaci a za následek zaškrcený močovod. Nejvyšší soud jako soud dovolací dospěl k jinému názoru. Škodou je podle něj nikoliv zaškrcený močovod, ale následná ztráta ledviny. Jako příčinu pak označil pozdní diagnózu a neodstranění následných komplikací.

Tvůrci nového občanského zákoníku si zřejmě byli vědomi složitého postavení poškozeného v některých případech prokazování příčinné souvislosti. V § 2925 je upravena náhrada škody způsobená zdrojem zvýšeného nebezpečí. Zajímavý je druhý odstavec tohoto ustanovení, který stanoví, že *je-li z okolností zřejmé, že provoz významně zvýšil nebezpečí vzniku škody, ačkoliv lze důvodně poukázat i na jiné možné příčiny, soud zaváže provozovatele k náhradě škody v rozsahu, který odpovídá pravděpodobnosti způsobení škody provozem*. Podobně jako u teorie ztráty šance bude tedy škůdce odpovídat pouze za část újmy a tato část bude určena nikoli exaktně, ale s větší či menší mírou pravděpodobnosti.

Je důležité mít na paměti, že občanskoprávní soud posuzuje otázku existence příčinné souvislosti poměrně nezávisle na (případném) rozhodnutí trestněprávního soudu o spáchání trestného činu. Čili odsuzující rozsudek např. o spáchání trestného činu neposkytnutí pomoci lékařem ještě automaticky neznamená, že soud v občanském řízení nezamítne žalobu na náhradu škody právě z toho důvodu, že mezi jednáním

¹⁰² Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 1. 2008, sp. zn. 25 Cdo 118/2006.

lékaře a vzniklou újmou na zdraví neexistuje příčinná souvislost. Předpoklady vzniku nároku na náhradu škody se mohou od zákonných znaků skutkové podstaty lišit.¹⁰³

4.5 Různá teoretická východiska příčinné souvislosti

Otázka příčinné souvislosti je v civilistické teorii zkoumána již dlouhá staletí. Z pohledu přírodovědeckého se zkoumá skutečné řetězení příčin a následků, které je ve své podstatě nekonečné. Z pohledu právního se pak jedná o příčinu vzniku škody, neboť jen při jejím označení je možné označit zároveň i škůdce a osobu odpovědnou za vznik škody. Kauzalita, jako složitá právní kategorie, je předmětem mnoha právních konceptů, z nichž některé jsou již překonány. Mnohé z nich ale stále prochází dalším vývojem a nachází uplatnění jak v psaném, tak i v aplikovaném právu. Hlavním účelem těchto konceptů je především oddělit od sebe ty příčiny, které jsou pro posuzované skutečnosti irelevantní a ty, které jsou významné a jejichž působení musí být zkoumáno a zohledněno při určování odpovědnosti.

4.5.1 Zásada gradace příčinné souvislosti

Zásada gradace příčinné souvislosti je využívána zejména v oblasti trestního práva. Připouští, že následek může být způsoben více příčinami, vždy je ale třeba odlišit jejich důležitost pro vznik příslušného následku, jeho rozsah a intenzitu. *Každé jednání, bez kterého by následek nebyl nastal, není však stejně důležitou příčinou následku.*¹⁰⁴ Jednání škůdce musí být z hlediska způsobení následku dostatečně významné, přestože může být pouze jedním z vícera článků v řetězu příčin. Vždy je třeba posoudit význam jednotlivých příčin. *Podle zásady gradace příčinné souvislosti může však být stupeň způsobení následku různý. Může přitom klesnout na tak nepatrnou úroveň, že příčinná souvislost je prakticky bez významu...*¹⁰⁵ V oblasti zdravotnictví je velice časté, že na vznik škody působí více příčin současně a protiprávní jednání škůdce přitom představuje právě jen onen jeden článek v celém dlouhém řetězci, kde ostatní články tvoří například nemoc či zranění poškozeného, dědičná dispozice, špatná anamnéza, absence preventivní péče, atd. Je tedy úkolem soudu (často za pomoci soudního znalce)

¹⁰³ K tomu např. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 2. 2006, sp. zn. 25 Cdo 2511/2005.

¹⁰⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 2. 2002, sp. zn. 3 Tz 317/2001.

¹⁰⁵ Srov. usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 16. 6. 2005, sp. zn. 2 To 68/2005.

zjistit velikost jednotlivých vlivů a snažit se je uměle oddělit, aby na konci mohlo být konstatování, že jednání škůdce je právě onou příčinou, bez které by následek nenastal.

4.5.2 Faktická a právní kauzalita

Zejména zahraniční právní řády rozlišují mezi faktickou a právní stránkou příčinné souvislosti. Faktická kauzalita se zabývá otázkou, jestli posuzované chování je skutečně tou příčinou, bez které by následek nenastal, a to z věcného i časového hlediska. Pokud by následek nastal i v případě vyloučení domnělé příčiny z děje, tak se nejedná o podmínku *sine qua non* a faktická příčinná souvislost v takovém případě nemůže být považována za prokázanou. Velmi podobný význam má i *but for test*, který je využíván např. v systému amerického práva. Faktickou kauzalitu v podstatě popisuje Ústavní soud ve svém rozhodnutí z roku 2007 následovně:

Ve věci samé je nutno souhlasit s názorem Krajského soudu v Plzni, že každý následek má obvykle několik vzájemně souvisejících příčin a každá příčina může mít několik vzájemně souvisejících následků. Příčina jedné skutečnosti může být sama následkem jiné příčiny. Prostřednictvím těchto kausálních vazeb jsou vytvářeny kausální řetězce, které jsou v čase nazpět nekonečné. Východiskem zjištění právně relevantní příčinné souvislosti je tedy zásadně prokázání příčinné souvislosti v přísně přírodovědném smyslu. Abychom mohli hovořit o takovém kausálním vztahu mezi dvěma skutečnostmi, je nutné, aby skutečnost, která má být příčinou, byla nutnou podmínkou ("conditio sine qua non") toho, že se následek uskutečnil právě tak, jak se uskutečnil, tj. daným způsobem, v daném čase a v daném místě. Pro výsledek je příčinnou taková událost, kterou si nelze odmyslet, aniž by nutně odpadl i sám výsledek (škoda).¹⁰⁶

Ústavním soudem zmíněné nekonečné kausální řetězce (např. typu „nebýt prababiččina narození, pachatel by škodu nezpůsobil“) proto musí být korigovány kauzalitou právní (někdy také označovanou jako normativní), která stanoví jaký právní význam má daná posuzovaná příčina. Zkoumá zejména intenzitu vztahu mezi příčinou a následkem a limituje odpovědnost za škodu tam, kde z právního hlediska nelze vzniklou újmu přičítat domnělému pachateli.

¹⁰⁶ Viz např. nález Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I ÚS 312/05.

Mezi faktickou a právní kauzalitou rozlišují i Principy evropského deliktního práva¹⁰⁷. Faktickou příčinnou souvislost posuzují na základě teorie *conditio sine qua non*. Otázku právní kauzality řeší posouzením rozsahu odpovědnosti a možností či nemožností připsání odpovědnosti škůdci. Posuzují přitom několik faktorů – předvídatelnost škody, povahu a hodnotu chráněného zájmu, důvod odpovědnosti, rozsah běžných životních rizik a ochranný účel normy, která byla porušena.

4.5.3 Teorie adekvátnosti

Dle této teorie odpovědnost přichází v úvahu pouze tam, kde *škůdce škodu způsobil, ačkoli mu lze vytknout, že ji způsobit nemusel, že mohl jednat jinak*. Tato odpovědnost tedy předpokládá, že vůbec bylo v lidských silách předvídat, že předmětné jednání bude mít za následek danou škodu. *Pro odpovědnost za škodu tedy není nutné, aby vznik určité škody byl pro jednajícího konkrétně předvídatelný, nýbrž je dostatečné, že pro výše uvedeného optimálního pozorovatele není vznik škody vysoce nepravděpodobný*.

Teorie adekvátnosti se uplatní především u smluvní odpovědnosti. Úzce souvisí s předvídatelností vzniku škody, odlišuje se ale v tom, že předvídatelnost se neposuzuje z pohledu konkrétního individualizovaného subjektu, ale *kritériem je hypotetický zkušený (tzv. optimální) pozorovatel, tedy myšlená osoba, která zahrnuje veškerou zkušenost své doby. Tento optimální pozorovatel tak personifikuje znalosti a zkušenost své doby. Je zřejmé, že co je předvídatelné pro konkrétní subjekt, musí být předvídatelné i pro tzv. optimálního pozorovatele. Každý nedbalostně zaviněný následek je tedy též adekvátním následkem příslušného jednání*.¹⁰⁸

4.5.4 Teorie ochranného účelu

Základem této teorie je myšlenka, že odpovědnost za škodu by měla nastat pouze tehdy, jestliže účelem porušené právní normy měla být ochrana právě před takovým konkrétním druhem škody. Je logické, že odpovědnost by měla nastat především tam, kde škůdce svým jednáním způsobil takovou škodu a porušil takový zájem, který se zákonodárce snažil danou normou chránit. Tuto teorii výslovně využili i tvůrci nového občanského zákoníka v § 2910, v druhé větě, kde se uvádí, že *povinnost*

¹⁰⁷ Faktickou kauzalitou se zabývá oddíl 1 hlavy 3 (*Conditio sine qua non*) a o právní kauzalitě pojednává oddíl 2 hlavy 3 (*Rozsah odpovědnosti*).

¹⁰⁸ Viz např. nález Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I ÚS 312/05.

k náhradě vznikne i škůdci, který zasáhne do jiného práva poškozeného zaviněným porušením zákonné povinnosti stanovené na ochranu takového práva.

Teorie ochranného účelu je v poslední době využívána například i u kontraktní odpovědnosti v obchodním právu. *Dlužník neodpovídá za všechny následky porušení smlouvy, nýbrž jen za porušení těch zájmů, jejichž ochrana byla účelem příslušné smlouvy, přičemž ohledně ochranného účelu není rozhodné výslovné vyjádření smluvních stran, nýbrž to, zda tyto zájmy leží věcně ve směru a v rámci smlouvou převzatých povinností.*¹⁰⁹

4.5.5 Egg Shell Skull Rule (někdy také Thin Skull Rule)

Tzv. *egg Shell Skull Rule* je pravidlo běžně používané v trestním právu a v právu civilních deliktů v systému *common law*.¹¹⁰ V podstatě říká, že pachatel je odpovědný za svůj čin bez ohledu na to, jak „slabou“ oběť si vybral. Pravidlo je pojmenováno po názorném příkladu, na kterém bývá vysvětlováno studentům práva. Představme si osobu, která má velmi slabou lebeční kost (jako vejce skořápku). Pachatel jej uhodí do hlavy tak lehce, že běžnému člověku by svým činem nezpůsobil nejspíše nic víc než chvilkovou bolest hlavy. Dotyčná osoba ale v důsledku úderu v kombinaci se svou predispozicí zemře. Dle ustálené judikatury v systémech *common law* je však pachatel odpovědný za veškeré následky, bez ohledu na to, zda o těchto predispozicích věděl, či nevěděl. Pravidlo je uplatňováno nejen u úmyslných, ale i u nedbalostních činů.

Podobně i Nejvyšší soud připustil, že stávající nepříznivý zdravotní (duševní) stav poškozeného nevyklučuje odpovědnost škůdce v situaci, kdy jeho jednání pouze dovršilo již existující stav.¹¹¹ Tímto principem se soud řídil i v případech, kdy k újmě na zdraví přispěla anatomická dispozice žalované.¹¹² Stejný názor zastává i Ústavní soud¹¹³, který se hlásí ke stanovisku bývalého Nejvyššího soudu SR z roku 1980, které říká, že: *„Bolo by v rozpore so zmyslom zákona, ak by z ochrany a odškodnenia boli vylúčené poškodenia zdravia, ktoré vykazujú všetky znaky pracovného úrazu (choroby z povolania), a to len preto, že poškodený mal určitú predispozíciu, ktorá spolupôsobila*

¹⁰⁹ K tomu např. náleží Ústavního soudu ČR ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I. ÚS 312/05.

¹¹⁰ K tomu např. případ Vosburg proti Putney, 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 (Wisc. 1891), [online. [citováno 8.2.2013], dostupné z: < <http://www.lawnix.com/cases/vosburg-putney.html> >].

¹¹¹ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 1990, sp. zn. 1 Cz 59/90.

¹¹² Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 5. 2011, sp. zn. 25 Cdo 2543/2010.

¹¹³ Např. náleží Ústavního soudu ze dne 25. 2. 2009, sp. zn. I. ÚS 2399/08.

pri vzniku poškodenia zdravia úrazovým dejom alebo chorobou z povolania. Existencia určitého chorobného stavu, hoci aj latentného, nemôže vylúčiť záver, že medzi úrazovým dejom (chorobou z povolania) a ním vyvolaným následným chorobným stavom je priama príčinná súvislosť, a že vyvolanie tohto stavu bolo spôsobené výkonom práce ako jednou z hlavných príčin.“¹¹⁴

¹¹⁴ Stanovisko bývalého Nejvyššího soudu SR ze dne 19. 6. 1980, sp. zn. Cpj 11/80.

5 Uplatnění teorie ztráty šance v dalších právních odvětvích

5.1 Možnosti aplikace v jiných oblastech

V následující kapitole se zaměřuji na využití teorie ztráty šance v oblasti obchodních vztahů. Jak je již zřejmé z předchozích kapitol, teorie ztráty šance je využívána především v oblasti zdravotní péče. Některé soudy, a to zejména ve Spojených státech, dokonce její aplikaci v jiných oblastech práva odmítly¹¹⁵. Nicméně ve většině jurisdikcí tomu tak není a teorie je využívána i v oblasti obchodních vztahů, pojišťovnictví, v pracovním právu, atd.

Možnost aplikace teorie ztráty šance v oblasti obchodního práva se nejčastěji odvíjí od konceptu škody. Lze ztracenou šanci, např. na zisk či lepší smluvní podmínky, považovat za nahraditelnou škodu? Jelikož téměř jakákoliv podnikatelská činnost je v podstatě hlavně o možných rizicích při uzavírání obchodních smluv, předpokládaných ziscích a šancích na úspěch, svádí nás to ke kladné odpovědi. Pak se tedy nabízí konstatování, že šance má určitou majetkovou hodnotu a její ztráta by tedy měla být předmětem odškodnění. Ve srovnání s oblastí práva zdravotní péče není u komerčního práva otázka příčinné souvislosti tak problematická. Vztah mezi určitým jednáním (jako příčinou) a jeho následkem je v obchodních stycích poznatelnější a tudíž i dokazování bývá snadnější. Namísto toho však nastupují otázky týkající se definice škody, jejího vyčíslení, určitosti, předvídatelnosti jejího vzniku a možnosti náhrady. Teorie ztráty šance je tudíž chápána spíše jako koncept týkající se zejména pojmu škoda.

Poměrně velkou a rychle se rozvíjející skupinou vztahů, kde je tento koncept také uplatňován, je oblast žalob na profesionální nedbalost. Žalovanými jsou advokáti, pojišťovací agenti, makléři s cennými papíry a jiní profesionálové, kteří se živí odborným poradenstvím.

¹¹⁵ Např. Court of Appeals ve Spojených státech (*10th circuit*) v případě Frey proti AT&T Mobility, LLC, 379 Fed., ze dne 21. 10. 2010.

5.2 Oblast obchodních závazků

V oblasti obchodních závazků byla teorie ztráty šance uplatněna již před téměř 150 lety v případě *Taylor proti Bradley*¹¹⁶, který se týkal ztráty příležitosti obhospodařovat půdu a v němž soud přikl náhradu hypotetického zisku.

V souvislosti s obchodním právem je náhrada škody často poskytována formou ztracené šance na výdělek či zisk (z angl. *loss of earnings, lost profits*). Český právní řád pak pro podobné situace používá termín ušlý zisk, čímž označuje *újmu spočívající v tom, že u poškozeného nedojde v důsledku škodné události k rozmnožení majetkových hodnot, ač se to dalo očekávat s ohledem na pravidelný běh věcí*.¹¹⁷ Stanovení výše ušlého zisku musí být provedeno tak, aby byla zjištěna *pravděpodobná výše blížící se podle běžného uvažování jistotě*.¹¹⁸ Při určení výše náhrady soud hledí na konkrétní okolnosti případu. Zjišťuje, čeho by poškozený dosáhl, kdyby škůdce nejednal protiprávně, tj. oč konkrétně jej škůdce připravil (např. sjednaná výše nájemného v již uzavřené smlouvě).

K otázce pravděpodobnosti dosažení zisku uvedl Nejvyšší soud následující:

*Nepostačuje přitom pouhá pravděpodobnost zvýšení majetkového stavu v budoucnu, neboť musí být najisto postaveno – a v tomto směru je důkazní břemeno na poškozeném, že nebyť protiprávního jednání škůdce (či škodní události u objektivní odpovědnosti) by se majetkový stav poškozeného zvýšil.*¹¹⁹

Podle mého názoru v těchto případech objektivně nelze najisto prokázat příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním škůdce a vzniklou újmou v podobě ušlého zisku. Lze vždy pracovat jen s pravděpodobností, i když její hranice může být postavena poměrně vysoko, např. na 80 %. Nicméně 100% jistota ohledně dosažení zisku není v naprosté většině případů možná. I v těchto případech, stejně jako u ztráty šance, musí právo pracovat s hypotetickým konceptem. Vidím tedy určitý nesoulad v tom, jak soudy hodnotí jistotu a pravděpodobnost u těchto sporů a u sporů z oblasti náhrady za újmu na zdraví.

Zajímavý přístup je patrný z rozhodování Evropského soudního dvora v oblasti veřejných zakázek. Situace, kdy lze s jistotou prokázat, že soutěžitel měl veřejnou

¹¹⁶ Viz. případ *Taylor proti Bradley* z roku 1868, popsáný blíže v kapitole Historie této práce.

¹¹⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 17. 8. 2000, sp. zn. 25 Cdo 2387/98.

¹¹⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 1. 1996, sp. zn. II Odon 15/96.

¹¹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 1. 2009, sp. zn. 25 CDO 3586/2006.

zakázku získat, řeší náhradou ušlého zisku; naopak případy, kdy to nelze takto jednoznačně konstatovat, řeší odškodněním za ztrátu šance na zadání zakázky. Neboť i šance má dle soudu hospodářskou hodnotu.

5.3 *Pracovní právo*

V oblasti pracovního práva jsou žalobci většinou zaměstnanci, kteří ztratili šanci na lepší pracovní uplatnění, zejména pak na povýšení. Zde je důležité zmínit judikaturu Evropského soudního dvora, která je blíže představena v 7. kapitole této práce. Spory mezi Komisí a jejími zaměstnanci či uchazeči o zaměstnání rozhoduje Evropský soudní dvůr poměrně často na základě teorie ztráty šance či ztráty příležitosti. Náhradu škody pak počítá na základě rozdílu v odměňování při zohlednění konkrétních okolností případu – tj. skutečnosti, vážnosti a pravděpodobnosti naplnění ztracené šance.

České soudy řeší ztrátu příležitosti na povýšení většinou v souvislosti s diskriminací při výběrovém řízení. Zaměstnanec musí soudu dokázat, že byl nějakým způsobem znevýhodněn ve srovnání s ostatními uchazeči. K prokázání znevýhodňujícího jednání zaměstnavatele však nepostačuje pouze určitá míra pravděpodobnosti, ale takové tvrzení musí žalobce prostřednictvím důkazů prokázat. To, že pohnutkou k takovému jednání zaměstnavatele byly zákonem stanovené diskriminační důvody, *má soud za prokázané, ledaže zaměstnavatel bude tvrdit a prostřednictvím důkazů prokáže nebo za řízení jinak vyplýne, že vůči svým zaměstnancům neporušil (neporušuje) zásadu rovného (stejného) zacházení.*¹²⁰ Obrácené důkazní břemeno má usnadnit situaci zaměstnanci, kterému by se těžko prokazoval diskriminační motiv jednání. Dle mého zjištění však české soudy doposud nemusely posuzovat náhradu škody ve formě ztracené šance, neboť žalobce v tomto druhu sporů požaduje upuštění od protiprávního jednání a přiměřené zadostiučinění nebo náhradu nemajetkové újmy v penězích.

Náhrada ztráty na výdělku po skončení pracovní neschopnosti, která má svým smyslem k institutu ztráty šance na lepší pracovní postavení docela blízko, je v českém právu poskytována na základě § 371 zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce. Soud pracuje s termínem pravděpodobný výdělek. *Určení pravděpodobného výdělku je otázkou nejen skutkovou, ale i právní. Určení výdělku, kterého by zaměstnanec „zřejmě*

¹²⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11. 11. 2009, sp. zn. 21 Cdo 246/2008.

*dosáhl“, je ovšem v každém případě záležitostí přísně individuální a stává se především otázkou skutkovou. V řízení proto musí být tvrzeny a prokázány rozhodné skutečnosti, ze kterých bude pravděpodobný výdělek zjištěn.*¹²¹ Při stanovení pravděpodobného výdělku soud může přihlédnout k jakýmkoli okolnostem, jestliže jsou významné pro objasnění toho, jakého výdělku by zaměstnanec v rozhodném období zřejmě dosáhl. Jedná se tedy o určitou pravděpodobnost dosažení příslušného výdělku, neboť s jistotou jej stanovit nelze. Má být zjištěn z hrubé mzdy a s přihlédnutím ke všem individuálním okolnostem případu. Pokles na výdělku je tedy škodou a její výši musí prokazovat poškozený. České právo tedy také zohledňuje míru pravděpodobnosti dosažení určitého výsledku. S mírou pravděpodobnosti však nepracuje jako se zvláštní hodnotou, kterou započítává až v určité fázi hodnocení vzniklé škody, ale činí tak v rámci jednoho kroku, kdy komplexně zhodnotí všechny tvrzené a prokázané okolnosti případu vzniku škody.

5.4 Veřejné zakázky

Zadávání veřejných zakázek upravuje zákon č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách. Žádat náhradu škody v souvislosti s nesprávným postupem zadavatele lze pouze na základě rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118/1 výše uvedeného zákona, kterým Úřad rozhodne o zrušení buď celého zadávacího řízení, nebo jednotlivých úkonů provedených zadavatelem. Jelikož tímto je také konstatováno protiprávní chování zadavatele, odpadá žalobci alespoň povinnost dokazovat tuto podmínku odpovědnosti. Sám zákon o veřejných zakázkách náhradu škody neupravuje a je třeba postupovat na základě obchodního zákoníku, zejména § 373 a násl., případně pak i ObčZ. Na rozdíl od Evropského soudního dvora soudy v ČR zatím nemusely rozhodovat o nároku na náhradu za ztrátu šance získat veřejnou zakázku. Evropský soudní dvůr i Komise tak činí poměrně často. Používají termín „ztráta šance na zajištění smlouvy“, čímž označují situaci, kdy soutěžitel poškozený nesprávným rozhodnutím v rámci zadávání veřejné zakázky ztratil reálnou šanci na to, aby veřejnou soutěž vyhrál. K tomu více v kapitole 7. této práce.

¹²¹ Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 28. 8. 2002, sp. zn. 21 Co 493/2001.

5.5 Profesionální nedbalost

V oblasti procesního práva bývá teorie ztráty šance využívána tam, kde žalobce vinou svého advokáta utrpí nějakou formu procesní újmy – např. zmešká lhůtu pro odvolání, promlčecí lhůtu, atd. V USA je vlajkovým případem v této oblasti spor *Allied Maples proti Simmons & Simmons*¹²². Jednalo se o převod podniku, který díky pochybení právních zástupců žalovaného nedopadl podle představ smluvních stran a žalobce byl povinen nést poměrně vysoké ztráty související s odpovědností za škodu vůči protistraně. Žalobce se snažil přesvědčit soud o tom, že kdyby jej jeho právní zástupci uvědomili o možných ztrátách souvisejících s neuskutečněním obchodu, požadoval by vůči druhé straně příslušné zajištění. Právní zástupci argumentovali tím, že i kdyby takovou radu žalobci dali, není jisté, zda by druhá strana požadované zajištění proti takovým ztrátám skutečně poskytla. Pro soud bylo dostačující žalobcovo tvrzení a prokázání toho, že je více než pravděpodobné, že nebýt pochybení právních zástupců, tak by skutečně došlo k jednání o poskytnutí takových záruk, a že v tu dobu existovala podstatná šance na takové ujednání. Žalobci pak přiznal odškodné za ztrátu této příležitosti. Dále soud poznamenal, že tato situace patří do kategorie případů, kdy žalobcova škoda závisí na hypotetickém jednání třetí strany, které působí buď spolu s jednáním žalobce, nebo nezávisle na něm, a to je přesně ta kategorie případů, kdy je možné aplikovat doktrínu ztráty šance. Tento přístup byl potvrzen soudy i v dalších případech týkajících se finančních ztrát v komerčním prostředí.¹²³

V případě *Haithwaite proti Thomson Snell & Passmore*¹²⁴ se žalobkyně, paní Haithwaite, domáhala odškodného za to, že kvůli nedbalostnímu jednání jejího advokáta promarnila šanci podat žalobu na zdravotnické zařízení za pozdní diagnózu. Soud upozornil na to, že v takovém případě není úkolem soudu posoudit, zda advokát skutečně jednal či nejednal nedbale - místo toho musí posoudit, jak vysokou šanci úspěšně ve sporu žalobkyně nejspíše měla. Soudce tedy v rozsudku postupně zhodnotil šance na úspěšné prokázání nedbalosti, vzniku újmy (která musela být vyšší než zanedbatelná) a

¹²² Případ *Allied Maples proti Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602.

¹²³ Např. *Coudert Brothers proti Normans Bay Ltd.* [2004] EWCA Civ 215 nebo *First Interstate Bank proti Cohen Arnold & Co* [1996] 1 PNL 17.

¹²⁴ Případ *Haithwaite proti Thomson Snell & Passmore*, High Court of Justice, WC2A 2LL, ze dne 30.3.2009 – rozsudek na 50 stránkách poměrně podrobně popisuje způsob výpočtu odškodného v případě ztráty šance na úspěch ve sporu vinou profesionální nedbalosti advokáta. [online]. [citováno 5.9.2013], dostupné z: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2009/647.html>>

příčinné souvislosti. Celkové vyhlídky na úspěch ve sporu soud nakonec odhadl na 30 % a žalobkyni přikl odškodné ve výši 30 % celkové újmy.

Žaloby na náhradu škody způsobené advokátem či jiným profesionálem při výkonu jeho odborné činnosti se samozřejmě vyskytují i v českém právním prostředí. Odpovědnost za škodu způsobenou advokátem v souvislosti s výkonem advokacie vychází z odpovědnosti bez zřetele na zavinění, jedná se tedy o objektivní odpovědnost. Soud se obvykle soustředí na otázku příčinné souvislosti – tj. je profesionální pochybení žalovaného skutečnou příčinou škody?

O vztah příčinné souvislosti (tzv. kauzální nexus) v případě této odpovědnosti za škodu se jedná, vznikla-li škoda následkem pochybení žalovaného advokáta při výkonu advokacie, tedy, je-li doloženo, že nebýt jeho pochybení, ke škodě by nedošlo. Byla-li příčinou vzniku škody jiná skutečnost, odpovědnost za škodu nenastává; příčinou vzniku škody může být jen ta okolnost, která škodu způsobila a bez níž by škodlivý následek nenastal¹²⁵.

Soud musí stanovit, jakou povinnost žalovaný advokát zanedbal a pak dále zjišťovat, zda právě toto zanedbání je příčinou škody.¹²⁶ Nicméně nenašla jsem žádné rozhodnutí, ve kterém by se soud musel vypořádat s námitkou žalovaného k tomu, že škoda mohla vzniknout i bez zanedbání odborné péče, tj. že vznik škody nebyl zcela závislý na protiprávním jednání či opomenutí žalovaného advokáta. *Otázku důvodnosti a existence práva žalobce na plnění proti jeho dlužníkovi i otázku promlčení tohoto práva lze samozřejmě řešit v řízení o náhradu škody způsobené v souvislosti s výkonem advokacie jako otázku předběžnou, aniž by muselo o nároku věřitele proti dlužníkovi proběhnout řízení, v němž by byla otázka promlčení nároku posouzena.*

Soud v prvním stupni zamítl žalobu na náhradu škody způsobené tím, že žalovaní advokáti žalobce neuplatnili (vedle úspěšně uplatněného nároku na uspokojení hlavní pohledávky) také úrok z prodlení, čímž došlo k jeho promlčení. Úroky z prodlení pak žalobce po svém původním dlužníkovi už neuplatňoval, neboť si byl vědom, že došlo k jejich promlčení a náhradu škody tedy žádal po svých právních zástupcích v souvislosti s vadným poskytováním právních služeb. Soud prvního stupně zamítnutí

¹²⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 6. 11. 2007, sp. zn. 25 Cdo 3334/2006.

¹²⁶ K tomu také např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 7. 2011, sp. zn. 25 Cdo 121/2010.

žaloby odůvodnil tak, že *žaloba byla podána předčasně, neboť žalobce by se mohl domáhat náhrady škody po žalovaných teprve tehdy, až by jeho žaloba vůči dlužníku na zaplacení úroků z prodlení byla zamítnuta z důvodu promlčení. Není totiž jisté, zda by dlužník námitku promlčení skutečně vznesl.*¹²⁷ Odvolací soud rozsudek potvrdil s tím, že žalobce neprokázal vznik škody. Uvedl, že *škoda totiž musí v objektivně vyjádřitelné podobě již existovat, a nemůže být pouze hypotetickým nárokem, který může nastat za splnění dalšího předpokladu, a to – že žalobce nebude ve sporu se svým dlužníkem úspěšný proto, že dlužník pravděpodobně vznesl námitku promlčení.* S tím se ale neztotožnil Nejvyšší soud jako soud dovolací, když stanovil, že vznik škody není závislý na rozhodnutí soudu o zamítnutí žaloby z důvodu promlčení. Vznik škody lze prokázat i jinak. *K prokázání vzniku škody není tedy nezbytné, aby žalobce nejprve vymáhal svou pohledávku vůči dlužníkovi v soudním řízení a aby tak byl znám jeho negativní výsledek, nehledě k tomu, že i neúspěch žalobce ve sporu vůči dlužníkovi, který v soudním řízení vznesl námitku promlčení, nebrání dobrovolnému plnění ze strany dlužníka.*

Z několika podobných případů lze vyvodit obecný závěr, který konstatoval Nejvyšší soud, tj. *že je povinností soudu, rozhodujícího o nároku klienta na náhradu škody proti jeho advokátovi, vyřešit jako předběžnou otázku (§ 135 odst. 2 o. s. ř.), zda při řádném postupu žalovaného advokáta v soudním řízení, v němž svého klienta zastupoval, by žalobce (klient) ve sporu u soudu uspěl a nemusel by tak uspokojit proti němu uplatněnou pohledávku, nebo naopak od protistrany by obdržel plnění, jež na ní požadoval.*¹²⁸

V tom se přístup českých soudů liší např. od soudů USA, které odmítají rozhodovat původní spor nebo spekulovat o jeho možném výsledku (v situaci, kdy to již není objektivně možné) a situaci pak řeší prostřednictvím teorie ztráty šance. Jelikož ale české soudy tyto otázky řeší prostřednictvím předběžné otázky, pak pro použití teorie ztráty šance zatím není dán prostor.

¹²⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 2. 2003, sp. zn. 25 Cdo 860/2002.

¹²⁸ Např. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 2. 2003, sp. zn. 25 Cdo 1862/2001, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 2. 2003, sp. zn. 25 Cdo 860/2002, a další.

5.6 Veřejné právo

V případě náhrady škody způsobené výkonem veřejné moci dle zákona č. 82/1998 Sb. je třeba prokázat nesprávný úřední postup, vznik škody a příčinnou souvislost mezi nimi. V určitých případech může být za škodu považována ztráta šance vydobýt pohledávku za svým dlužníkem v exekučním řízení – viz například následující rozhodnutí Nejvyššího soudu z roku 2010.¹²⁹

V řízení vedeném u Krajského obchodního soudu v Praze a později u Městského soudu v Praze došlo k průtahům v řízení v délce čtyř let a pěti měsíců, přičemž pokud by k nim nedošlo, měl by žalobce reálnou šanci svou pravomocně přisouzenou pohledávku proti P. Č., a. s., vydobýt v exekučním řízení zpeněžením majetku, jehož hodnota ještě v letech 2000 až 2003 převyšovala pohledávku žalobce.

V podobné duchu je i další případ. Stát nesl odpovědnost za škodu, která spočívala ve ztrátě šance na splnění závazku dlužníkem. Soud připouští, že musí pracovat s pravděpodobností, tedy s hypotetickou událostí, u které není jisté, zda by k ní došlo či ne.

*Nedosáhl-li žalobce pro nečinnost soudu přisouzení uplatněné pohledávky, bude odpovědnost státu za škodu – ušlý zisk ve výši uplatněné pohledávky – dána, jestliže by žalobce v případě věcného rozhodnutí se svým nárokem uspěl. Pro takový závěr je také významné zjištění, zda v případě insolventnosti dlužníka žalobce bylo možno splnění závazku při obvyklém průběhu událostí očekávat, kdyby k nesprávnému úřednímu postupu soudu nedošlo.*¹³⁰

Soud by také mohl zvolit postup, kdy by odhadoval pravděpodobnost, s jakou by věřitel vůči svému dlužníkovi uspěl a v poměru k této pravděpodobnosti by také nařídil státu náhradu škody.

5.7 Zásady UNIDROIT a Úmluva OSN o mezinárodní koupi zboží

V oblasti mezinárodního obchodu jsou smluvními stranami často využívány některé mezinárodní prameny práva, jako jsou např. Zásady mezinárodních obchodních smluv sestavené v roce 1994 Mezinárodním ústavem pro sjednocení soukromého práva

¹²⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 8. 2010, sp. zn. 25 Cdo 2601/2010.

¹³⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 3. 2003, sp. zn. 25 Cdo 145/2002.

v Římě (UNIDROIT) (dále jen Zásady UNIDROIT), nebo Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží z roku 1980 (dále jen Vídeňská úmluva).

5.7.1 UNIDROIT

Zásady UNIDROIT se zabývají náhradou škody v čl. 7. 4, a čl. 7.4.3 se zabývá otázkou jistoty vzniku škody. První odstavec tohoto článku umožňuje náhradu škody, která teprve vznikne, avšak za podmínky, že je dostatečně určitá. Na základě druhého odstavce je pak možné přiznat náhradu za ztracenou šanci, a to v poměru, který odpovídá pravděpodobnosti realizace této šance.

Článek 7.4.3 (určitá škoda)

- (1) Náhrada škody přísluší pouze za takovou škodu, včetně škody vzniklé v budoucnu, která je prokázána s rozumnou mírou jistoty.*
- (2) Ztracená šance může být předmětem odškodnění v poměru k pravděpodobnosti jejího uskutečnění.*
- (3) Jestliže výši odškodného nelze zjistit s dostatečnou jistotou, rozhodne o ní soud na základě vlastního uvážení.*

Komentář k Zásadám UNIDROIT uvádí v souvislosti s teorií ztráty šance následující příklad. Majiteli koně, který kvůli zpoždění s přepravou přijede pozdě na dostihy a nemůže se tak závodu zúčastnit nelze přiznat náhradu škody ve výši finanční odměny za první místo, i když kůň byl jinak favoritem závodu.

Soudy v různých částech světa, které na základě těchto Zásad rozhodují, tak v podstatě přiznávají poškozenému proporční náhradu škody úměrnou výši šance, že by daný zisk či jinou výhodu skutečně dosáhl. Lze uvést například případ rozhodovaný v roce 2007 Rozhodčím a mediačním centrem při Světové organizaci duševního vlastnictví (*World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center*)¹³¹. Žalobcem byl francouzský vynálezce, který po německé výrobní společnosti požadoval náhradu škody za neoprávněné ukončení smlouvy o licenci a společném výzkumu, přičemž tato smlouva se řídila švýcarským právem. Náhradu škody ve výši

¹³¹ Rozhodnutí arbitrážního tribunálu ze dne 25. 1. 2007. Dostupné např. z <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1179>.

tvrzené žalobcem však Arbitrážní tribunál nepřiznal kvůli nejistotě ohledně budoucích obrátů, kterých by žalovaný mohl, ale také nemusel, s novým výrobkem dosáhnout. Nicméně žalobci náhradu škody přesto přiznal, a to s odkazem na výše uvedený článek 7.4.3 (2) a konstatoval, že ztráta šance může být kompenzována v poměru k pravděpodobnosti jejího uskutečnění. Dále soud ještě zohlednil skutečnost, že na vzniku škody způsobené ukončením smlouvy se svým jednáním i opomenutím podílel i sám žalobce, a s ohledem na čl. 7.4.7 odškodné ještě dále snížil.

Na základě čl. 7.4.3 Zásad UNIDROIT rozhodl také např. ad hoc arbitrážní soud na Kostarice¹³² spor mezi francouzskou a tamní společností. Obě společnosti uzavřely *joint venture* a ucházely se o rozsáhlou veřejnou zakázku, která ale nakonec byla přidělena jiné společnosti. Společnost z Kostariky se rozhodla napadnout samotný průběh veřejné zakázky, ale její francouzský partner se odmítl řízení účastnit. To považovala první společnost za porušení smlouvy o *joint venture* a požadovala náhradu škody za ušlý zisk, který by jí ze společného podniku plynul po dobu deseti let. Arbitrážní soud rozhodl, že francouzská společnost skutečně porušila své smluvní závazky, ale požadovanou náhradu ušlého zisku považoval za příliš nejistou a žalobkyni přiřkl odškodné pouze ve formě náhrady ztracené šance s odkazem na čl. 7.4.3 Zásad.

Dokonce i Nejvyšší soud ve Španělsku (*Tribunal Supremo*)¹³³ odůvodnil své rozhodnutí založené na ztrátě šance odkazem na Zásady. Jednalo se o spor dvou španělských společností ohledně výpovědní doby smlouvy. Soud první i druhé instance dal za pravdu žalobci a přiřkl mu náhradu ušlého zisku. Nejvyšší soud potvrdil jejich rozhodnutí, ale nesouhlasil s výši odškodného, jelikož žalobce dostatečným způsobem neprokázal výši skutečně ušlého zisku. Odškodné tedy přiřkl nikoliv ve formě náhrady ušlého zisku, ale ztracené šance v souladu s čl. 7.4.3.

5.7.2 Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (CISG)

Na základě mého výzkumu jsem našla pouze jedno rozhodnutí, které se týkalo ztráty šance v kontextu Vídeňské úmluvy. Jednalo se o rozhodnutí Obchodního soudu v Curychu (*Handelsgericht Zurich*) z roku 1999¹³⁴, ve kterém uvedl:

¹³² Rozhodnutí ad hoc tribunálu v San Jose (Costa Rica) ze dne 30.4.2012. Dostupné např. z <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1100&step=Abstract>.

¹³³ Rozhodnutí Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) č. 506/2007 ze dne 16. 5. 2007. Dostupné např. z <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1217&step=Abstract>.

¹³⁴ Rozhodnutí HG 970238.1 Handelsgericht Zurich, ze dne 10.2.1999, 10 Feb. 1999. Dostupné z:

Ušlý zisk představuje dle Vídeňské úmluvy o prodeji zboží nahraditelnou újmu. Úmluva však nespécifikuje stupeň jistoty, kterou soudce potřebuje ke stanovení hypotézy zisku, ani to, ke kterému okamžiku by měl domnělý zisk vypočítávat. Nicméně zmaření pouhé šance na zisk obecně neznamená povinnost druhé smluvní strany ji nahradit. Ušlý zisk kupujícího musí být považován v příslušné oblasti podnikání kupujícího za standardní a prodávající musí být v okamžiku uzavření smlouvy v takové pozici, aby byl schopný příslušný následek předvídat. Proávající je odpovědný za další, mimořádný ušlý zisk pouze tehdy, jestliže kupující na riziko vzniku takové újmy upozornil a jestliže se strany zároveň ujistily, že kupující je ochoten toto riziko podstoupit.

Je škoda, že soud tuto část svého rozhodnutí neodůvodnil a neuvedl, za jakých podmínek by taková škoda byla v souladu s Vídeňskou úmluvou nahraditelná. Přínosné by bylo také rozvedení myšlenky o stupni jistoty potřebnému ke stanovení hypotézy zisku. Soud snad bude sdílnější v některém ze svých dalších rozhodnutí.

6 Přístup soudů ve světě

6.1 Obecně

Přístupy soudů po celém světě k teorii ztráty šance jsou různé. Některé státy k aplikaci této teorie přistoupily poté, co ji kvitovala nejvyšší soudní instance v zemi, někde je stále předmětem sporu právních teoretiků a jinde je jednoznačně, a třeba i opakovaně, odmítána v jakékoliv podobě. Obecně lze říci, že státy *common law* systému jsou otevřenější, což lze přičíst nejenom tomu, že právě v takovém právním prostředí teorie vznikla, ale i systému dokazování, právní kultuře ve společnosti a celkové situaci ve zdravotnictví. Tato situace se koneckonců odráží i ve spojených státech amerických, kde je většina států nakloněna aplikaci teorie ztráty šance a ve své judikatuře ji již kratší či delší dobu uplatňuje.

Jurisdikce, které se již nějakým způsobem s konceptem ztráty šance zabývaly, lze v podstatě rozdělit do několika skupin dle toho, jaký přístup zvolily:

- 1) jurisdikce, které přijaly teorii ztráty šance bez dalšího;
- 2) jurisdikce, které přijaly teorii ztráty šance pouze tehdy, jestliže šance dosahuje určitých stanovených kvalit (ohledně její skutečnosti, velikosti, vážnosti, apod.);
- 3) jurisdikce, které ji odmítly aplikovat v jakékoliv podobě.

V současné době existuje již poměrně dost právních systémů, které uznávají teorii ztráty šance bez dalšího, tj. bez ohledu na to o jak velkou šanci byl poškozený připraven. Nezáleží na tom, zda šance na uzdravení byla pouhých 5 % nebo 10 % - i takovou ztrátu soudy mohou odškodnit.

Soudy svůj pozitivní přístup odůvodňují nejčastěji spravedlivějším přístupem k poškozeným, kteří mají jen velmi omezené důkazní možnosti. Jako nespravedlivé se jeví to, aby lékař (případně právní poradce, makléř, zaměstnavatel, atd.) nebyl odpovědný za prokázanou nedbalost v těch případech, kdy nelze s pravděpodobností zjistit, zda by i bez jejich přičinění ke škodě došlo či nikoliv, nebo zda by škoda byla menší či méně závažnější. Soudy takovou možnost shledávají nespravedlivou, nemorální a rizikovou. Obávají se, že lékaři by k případům, kdy šance na zlepšení či vyléčení byla od počátku malá, přistupovali laxně a bez zájmu na zlepšení zdravotní situace pacienta. Při vědomí, že za ztrátu takto nízké šance stejně nemohou být shledáni odpovědnými, by neměli tak silnou motivaci podávat co nejlepší výkony.

Druhou kategorií tvoří ty právní řády, které právo na odškodnění poškozeného podmiňují tím, že jeho šance na lepší výsledek musí mít určitou kvalitu. V angličtině se v takovém případě užívá nejčastěji termínu „*substantial chance*“, pro což není snadné najít český ekvivalent. Významově nejbližší je termín „skutečná šance“, či „podstatná šance“ nebo „hmotná šance“. Ukázkovým příkladem může být případ *Hick proti Spojeným státům*¹³⁵ z roku 1966, který je detailněji rozebrán ve 2. kapitole této práce. Soud zde rozhodl tak, že měl-li pacient skutečnou šanci na uzdravení a žalovaný ji svým konáním či opomenutím zmařil, pak by jej soud měl shledat odpovědným za škodu. Bohužel se však blíže nezabýval pojmem „skutečná šance“ a nespecifikoval, jak velká šance se dá považovat za skutečnou a jaká už je pouze spekulativní.

Americké soudy v dalších případech týkajících se teorie ztráty šance nabídly určitá vodítka, nicméně žádný soud doposud nestanovil konkrétní míru skutečné šance. Tak například Kansaský Nejvyšší soud v roce 2002 v případě *Pipe proti Hamilton*¹³⁶ zaujal názor, že i na 10% šanci je třeba nahlížet jako na šanci skutečnou, nikoliv šanci *di minimis*. Jednalo se o situaci, kdy Dr. Hamilton opakovaně operoval paní Pipe trpící neprůchodností stěv. Během druhé operace však objevil tkáň postiženou snětí a konstatoval, že paní Pipe bude žít maximálně 6 až 12 hodin. Její manžel reagoval v souladu s jejími instrukcemi pro tento případ tak, že požádal o odpojení přístrojů držících ji při životě. V následném sporu žalobce argumentoval tím, že Dr. Hamilton nedodržel požadovaný standart péče, když svoji domněnku o výskytu snětí nepodložil dalšími testy, které by jeho možná chybnou diagnózu potvrdily, nebo které by třeba odhalily možnosti případné léčby. To byl závěr znaleckého posudku, v němž bylo ale současně uvedeno také to, že i v případě léčby by šance na přežití paní Pipe byla něco mezi 5-10 %. Soudce k tomu dodal: „*Soudu nebyl předložen žádný případ a soud ani žádný takový případ nenašel při svém vlastním hledání, který by definoval hranici určující co je skutečná šance v pojetí teorie ztráty šance. Stejně jako tento soud u případu Delaney, tak i ostatní jurisdikce, které přijaly teorii ztráty skutečné šance, odmítly definovat skutečnou šanci konkrétním procentem, od kdy je možné případ považovat za prima facie.*“¹³⁷

¹³⁵ Viz poznámka pod čarou č. 11.

¹³⁶ Případ *Pipe proti Hamilton*, 2002 WL 31431631.

¹³⁷ Viz předchozí poznámka.

Stejně tak michiganský soud v případě *Falcon proti Memorial Hospital*¹³⁸ se přidržel názoru, že ztráta 37,5% šance představuje šanci takové kvality, jejíž promarnění je třeba odškodnit. Paní Nena Falcon zemřela kvůli embolické příhodě krátce poté, co porodila zdravé dítě. Za pomoci znaleckého posudku soud zjistil, že v případě kdy je embolie plodovou vodou včas odhalena a pacientce je indikována příslušná léčba, je šance na přežití rodičky 37,5 %. Soud řekl, že „ačkoliv ztracená šance je nižší než 50 %, tak i šance 37,5 % představuje příležitost, které by se těžko někdo vědomě vzdal.“ Je tudíž nutné ji považovat za skutečnou šanci.

Podobný pohled nabídl v roce 1972 i kalifornský soud aplikující havajské právo „Jestliže žalobce svoji žalobu opírá o zanedbání péče z nedbalosti, pak musí s rozumnou pravděpodobností dokázat, že léčbou se poškození zdraví dalo úspěšně předejít. Nemusí dokazovat s určitostí, že k poškození zdraví by díky vhodné léčbě nedošlo. Ve většině situací ani nejlepší léčba na světě nedokáže s určitostí zaručit úspěšné vyléčení – v tomto smyslu medicína není exaktní vědou. Nemožnost pozitivní jistoty by neměla znemožňovat náhradu škody v případě nedbalostního zanedbání péče, jestliže je tím pacient připraven o významné zvýšení jeho šancí na uzdravení.“¹³⁹

Do třetí skupiny lze zařadit jurisdikce, které v současné době odmítají uznat teorii ztráty šance. Důvodem je často požadavek prokázání příčinné souvislosti tak, aby se dalo považovat za prokázané, že ke škodě by pravděpodobně nedošlo nebýt nedbalostního jednání žalovaného. Právě slovíčko „pravděpodobně“ je klíčové, neboť v sobě nese oněch 50 % pravděpodobnosti, kterou standardně země *common law* systému vyžadují k tomu, aby žalobce unesl své důkazní břemeno týkající se kauzálního nexu. K tomu například soud v americkém státě Tennessee: „Jsme přesvědčeni, že teorie ztráty šance je v zásadním rozporu s požadovaným stupněm jistoty v medicíně, nutné k určení příčinné vazby mezi škodou a nedbalostním chováním lékaře. Žalobce, který by pravděpodobně (i.e. spíše ano než ne) utrpěl stejnou škodu i kdyby bylo přistoupeno ke vhodné léčbě, není oprávněn k žádnému odškodnění za zvýšení rizika škody nebo ztrátu šance na lepší výsledek. Odmítáme uvolnit tradiční podmínky odpovědnost a uznat ztrátu šance jako nový žalobní důvod.“¹⁴⁰

¹³⁸ Případ *Falcon proti Memorial Hospital*, 436 Mich. 443, 470, 462 N.W.2d 44 (1990).

¹³⁹ Případ *McBride proti United States*, 462 F.2d 71 (9th Cir. 1972).

¹⁴⁰ Případ *Kilpatrick proti Bryant*, 868 S.W.2d 594 (Tenn. 1993).

6.2 *Spojené státy americké*

V oblasti práva zdravotní péče jsou Spojené Státy považovány za jurisdikci, která je velmi otevřená a vstřícná k ochraně práv pacienta. Úspěšnost poškozeného pacienta v žalobách o náhradu škody je mnohem vyšší než v jiných zemích a přisouzené náhrady dosahují velmi vysokých částek. S tím se samozřejmě pojí i věčná politická diskuse na téma, zdali je tento přístup ekonomicky výhodný a jak velký vliv má na neustále rostoucí náklady na zdravotní péči, pojištění a nadměrnou psychickou zátěž lékařů. Odpovědnost lékaře za zanedbání péče je tak důležitou oblastí práva, která prochází neustálým vývojem. Není proto divu, že teorie ztráty šance zde našla asi nejsilnější odezvu a poměrně hodně jurisdikcí (tj. právních řádů jednotlivých států americké federace) ji uznala a využívá ji ve své rozhodovací činnosti.

Jedním z prvních případů, kde byl v USA rozvinut koncept ztráty šance je *Hicks proti Spojeným státům*¹⁴¹, který je blíže popsán v kapitole zabývající se historií této teorie (kapitola 2). V něm soud konstatoval, že škůdce musí nést odpovědnost za ztrátu šance, jestliže šance byla podstatná a on ji svým jednáním zmařil, i když příčinnou souvislost nelze prokázat se stoprocentní jistotou.

Přestože je teorie ztráty šance využívána i v jiných oblastech než je právo zdravotní péče (viz text níže), přece jen se během posledních několika let nejvíce rozvinula právě v souvislosti s poskytováním zdravotní péče¹⁴². Z hlediska procesního práva je důležité připomenout, že dle amerického právního systému je třeba příčinnou souvislost prokázat nejméně s 50% pravděpodobností, tj. že jednání škůdce je spíše ano než ne příčinou vzniku škody. Podle tohoto uplatňovaného pravidla tedy pacienti, kteří k lékaři přišli s menší než 50% šancí na lepší výsledek, nemají nárok na náhradu škody, protože již není možné dodržet hranici 50% pravděpodobnosti. Právě tato "nespravedlnost" je často zmiňována jako důvod, proč je v případech zanedbání lékařské péče třeba přistupovat k prokazování příčinné souvislosti jinak.

Často citovaným případem je *Herskovits proti Group Health Cooperative*¹⁴³ z roku 1983. Lékař pochybil tím, že včas nerozpoznal a nezačal léčit rakovinu p. Herskovitse. Dle znaleckého posudku klesly šance pacienta na uzdravení z 39 % na 25

¹⁴¹ Blíže viz. kapitola 2 a poznámka č. 11.

¹⁴² Teorie ztráty šance byla úspěšně uplatněna například v případech týkajících se zdržení při zavolání sanitky, zdržení při příjmu pacienta v nemocnici, nebo opožděném oživování pacienta s infarktem.

¹⁴³ Případ *Herskovits proti Group Health Cooperative*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983).

% . Žalovaná strana argumentovala tím, že pacient by pravděpodobně zemřel, neboť i tehdy byly jeho šance na přežití pouhých 39 % a nedbalostní jednání lékaře tak nemůže být v příčinné souvislosti se smrtí pacienta (uvedených 39 % neobstojí v testu *balance of probabilities*). Nejvyšší soud konstatoval, že *i když žalobce nemůže dokázat příčinnou souvislost mezi jednáním lékaře a smrtí pacienta tradičním způsobem (tj. alespoň na 50 %), nemůže pacientova ztráta 14% šance na uzdravení zůstat bez jakéhokoli práva na náhradu*. Soud usoudil, že nejlepším řešením je uznat ztrátu nižší než pravděpodobné šance za újmu hodnou odškodnění. Výslovně se tedy přiklonil k názoru, že ztracená šance může představovat určitou formu škody, za kterou je možné požadovat náhradu. Výši odškodného v tomto případě soud nakonec stanovil ve výši 14 % částky, která by žalobci náležela za plnou odpovědnost za protiprávní zabití (*wrongful death*).

Dalším často následovaným rozhodnutím je rozsudek Nejvyššího soudu v Oklahomě z roku 1987¹⁴⁴, ve kterém uvedl: *Poskytovatel zdravotní péče, který svým nedbalostním jednáním připraví pacienta o významnou šanci na uzdravení, se nemůže odvolávat na tvrzení, že výsledek byl nevyhnutelný, jestliže sám zmařil šanci na dosažení jakéhokoliv lepšího výsledku. Lékaři by neměli být zvýhodňováni nejistotou, kterou sami způsobili svým nedbalostním jednáním. Jinak by to znamenalo, že poskytovatelé zdravotní péče se mohou vyhnout odpovědnosti za své konání či opomenutí kdykoliv, kdy pacientovy šance na přežití či uzdravení nejsou naprosto jisté*.

Vážený Nejvyšší soudní dvůr v Massachusetts (*Supreme Judicial Court*), nejstarší odvolací soud kontinuálně působící na severní polokouli, připouští aplikaci doktríny ztráty šance v případech zanedbání lékařské péče poměrně často. V případě z roku 2008¹⁴⁵ pozůstalí žalovali lékaře za pozdní diagnózu rakoviny střev. Soud se nakonec postavil na stranu pozůstalých a při aplikaci teorie ztráty šance rozhodl, že pokud lékař svou nedbalostí zmenší nebo zcela zničí pacientovu šanci na přežití, utrpí tím pacient skutečnou újmu, kterou je třeba nějakým způsobem odškodnit. Konstatoval následující:

„Dle doktríny ztráty šance musí žalobce převahou svých důkazů prokázat, že lékař mu svojí nedbalostí způsobil újmu, která snížila pravděpodobnost lepšího zdravotního výsledku. Pravděpodobnost přežití je nezbytnou součástí zdravotního stavu pacienta. Jestliže nedbalost lékaře sníží nebo zcela zhatí pacientovy šance na přežití,

¹⁴⁴ Případ McKellips proti St. Francis Hospital., Inc., 1987 OK 69 741 P. 2d.

¹⁴⁵ Případ Matsuyama proti Birnbaum, 452 Mass. 1 (2008).

*utrpí pacient skutečnou škodu a přichází tak o něco, co má velkou hodnotu: šanci na přežití, šanci na uzdravení či šanci na dosažení jiného příznivého výsledku. Z těchto důvodů uznáváme koncept ztráty šance nikoliv jako teorii o příčinné souvislosti, ale jako teorii o újmě a škodě.*¹⁴⁶

Soud v rozsudku dále uvedl, že uznáním doktríny ztráty šance se přiklání k většině států USA, které již o použití této teorie rozhodovaly. Důvodem je to, že základní cíle a principy deliktního práva musí být plně aplikovatelné i na moderní svět sofistikovaných lékařských diagnóz a léčebných postupů.

Oblast zdravotního práva ale není jediným odvětvím, kde je teorie ztráty šance uplatňována. Soudy v USA využívají teorii ztráty šance také v oblasti pojišťovnictví. Na jejím základě posuzují případy, kdy zprostředkovatel pojištění pochybil ať už při uzavírání smlouvy nebo až ve fázi jejího uplatňování či plnění a poškozený tím pádem nemůže od pojišťovny získat plnění. Soud se pak snaží zjistit, s jakou pravděpodobností by v daném případě bylo poškozenému vyplaceno pojistné plnění, kdyby nebylo chyby zprostředkovatele.

Naopak v případě *Prosperity Advisers Ltd proti Secure Enterprises Pty Ltd T/As Strathearn Insurance Brokers Pty Ltd*¹⁴⁷ soud rozhodl, že žalobce se svým nárokem opřeným o teorii ztráty šance neuspěje. Žalobkyně byla společností zabývající se finančním plánováním, přičemž v roce 2006 poradila několika svým klientům investice, které později byly vyhodnoceny jako rizikové a ztrátové. V pojistné smlouvě však byla stanovena podmínka, že veškeré investice, které bude svých klientům doporučovat či zprostředkovávat, musí být na seznamu schválených investic vydávaném investiční komisí. Uvedené ztrátové investice však na tomto seznamu nebyly a pojišťovna tudíž odmítla plnění. Žalobkyně tedy následně žalovala zprostředkovatele – pojišťovacího agenta - s tím, že jednal nedbale, když jí při uzavírání pojistky řádně neobjasnil podmínky plnění. Tvrdila, že kdyby nebylo jeho pochybení, uzavřela by jinou pojistnou smlouvu, jejíž krytí by se na daný typ škody vztahovalo. Svůj nárok opřela právě o teorii ztráty šance/příležitosti. Soud nicméně rozhodl v její neprospěch. Své rozhodnutí odůvodnil tím, že dostatečně neprokázala existenci skutečné příležitosti uzavřít jinou,

¹⁴⁷ Případ *Prosperity Advisers Ltd proti Secure Enterprises Pty Ltd T/As Strathearn Insurance Brokers Pty Ltd*. [2011] NSWSC 35.

obdobnou smlouvu, tj. že v dané době na trhu byla k dispozici jiná alternativní pojistka, s podobnou výší pojistného, která by tyto rizikové investice pokrývala.

Za zajímavý považuji přístup Nejvyššího soudu na Floridě. Aplikaci teorie ztráty šance v medicínském právu odmítl již v roce 1984¹⁴⁸. Připustil ale její použitelnost ve smluvním právu. V případě z roku 1990 rozhodl¹⁴⁹, že žalobce má právo na náhradu ztracené šance na úspěch proti žalované, kterou byla pojišťovna Allstate. Ta porušila svůj smluvní závazek vrátit žalobci vrak jeho vozu k tomu, aby jej použil jako důkaz v řízení proti výrobci tohoto vozu o odpovědnosti za výrobek a místo toho jej prodala na vrakoviště. Žalobce se domáhal odškodnění za to, že pojišťovna zmařila jeho šance uspět v daném řízení a soud mu dal za pravdu. K samotné částce odškodnění poznamenal, že „výše odškodnění nemusí vycházet z hodnoty samotné smlouvy, ale místo toho může odpovídat hodnotě ztracené příležitosti nebo šance na úspěch, kterou poškozený měl v době porušení dané smlouvy.“

Příkladem, kdy soud odmítl „snížit“ požadavky na prokázání příčinné souvislosti, může být rozhodnutí Nejvyššího soudu ve státě Tennessee¹⁵⁰: *„Tradiční test příčinné souvislosti ve skutečnosti znemožňuje náhradu škody, protože pacientův stav by byl spíše ano než ne stejný i kdyby žalovaný nejednal nedbalostně.“* A dále uvedl: *„Jsme přesvědčeni, že teorie ztráty šance je v zásadním rozporu s požadovaným stupněm odborného lékařského přesvědčení nezbytného ke stanovení příčinné souvislosti mezi újmou a deliktním jednáním lékaře. Jak jsme již uvedli dříve, poškozený musí dokázat, že jednání či opomenutí lékaře bylo spíše ano než ne skutečnou příčinou újmy. Tento požadavek nutně znamená, že žalobce musí mít větší než 50% šanci na uzdravení v případě absence lékařova pochybení.“*

Je tedy důležité zdůraznit, že zdaleka ne všechny jednotlivé státy USA teorii uznávají¹⁵¹. Nejvyšší soudy některých států ji odmítly aplikovat v jiných oblastech než je zanedbání zdravotní péče, některé státy ji aplikují pouze tehdy, jestliže pacientovy šance na uzdravení byly původně vyšší než 50 %, jiné státy její použití naopak zcela

¹⁴⁸ Případ Gooding proti University Hosp. Bldg., Inc., 445 So. 2d 1015, 1021 (Fla. 1984).

¹⁴⁹ Případ Miller proti Allstate Ins., Co, 573 So. 2d 24 (Fla. 3d DCA 1990).

¹⁵⁰ Případ Kilpatrick proti Bryant, 868 S.W. 2d 594 (Tenn. 1993).

¹⁵¹ Např. v článku WEIGAND, Tory A.: Loss of chance in medical malpractice: a look at recent developments: the growing acceptance of this doctrine raises difficult public policy issues, as well as concerns for the limits of medical professional liability. Defence Counsel Journal [online]. [citováno 4.12.2012], dostupné z: <<http://www.questia.com/library/1G1-106390501/loss-of-chance-in-medical-malpractice-a-look-at-recent>> je uvedeno, že 25 států v rámci USA již při své rozhodovací činnosti uznaly platnost teorii ztráty šance.

odmítají a v některých jurisdikcích ještě neměly soudy možnost se k teorii vyjádřit. Jednotný není ani pohled na to, zda je jádrem teorie jiný koncept příčinné souvislosti (snížení požadavků na její prokázání), nebo jiný koncept škody (kdy ztracená šance je považována za zvláštní druh škody). Pravdou je, že přístup soudů se mění spolu s postupným vývojem této teorie a soudy jednoho státu se často nechávají inspirovat rozhodnutím jiných států. Důležitou úlohu také sehrálo vydání pravidel týkajících se občanskoprávních deliktů, tzv. *restatements* k nimž se vyjadřuji v následující kapitole.

Kodifikace práva v podobě tzv. Restatements

USA patří do zemí *common law*, kde psané právo nemá takový význam. Přesto však Americký právní institut (*American Law Institut*) vydává tematicky zaměřené sbírky obecných pravidel *common law*, inspirovaných judikaturou. Tyto tzv. *restatements* mají poměrně velkou váhu u soudců, právníků i akademiků, a bývají často respektovány a následovány. Ohledně civilních deliktů byl v letech 1965 – 1979 vydán obecně zaměřený *Second Restatement of Torts* (dále jen *Second Restatement*), a v roce 2011 pak *Third Restatement of Torts: Liability for Physical & Emotional Harm* (dále jen *Third Restatement*), který se zaměřuje na odpovědnost za fyzickou a emoční újmu.

Second Restatement obsahuje významné ustanovení § 323 písm. a), které stanoví:

Kdo se bezúplatně nebo za úplatu zaváže poskytnout jiné osobě takové služby, které by měl považovat za nezbytné pro ochranu této osoby či majetku jiné osoby, odpovídá této osobě za újmu vzniklou v důsledku toho, že při plnění svého závazku nevynaložil přiměřenou péči, jestliže

- (a) *skutečnost, že nevynaložil přiměřenou péči, zvýšilo nebezpečí vzniku dané škody, nebo*
- (b) *škoda vznikla, protože tato osoba se na splnění jeho závazku spoléhala.*

Toto ustanovení bývá některými americkými soudy vykládáno jako možnost odchýlit se od standardních požadavků na prokázání příčinné souvislosti *on the balance of probabilities*. Například Pensylvánský Nejvyšší soud (*Supreme Court*) v případě *Hamil proti Bashline*¹⁵² konstatoval, že na základě tohoto ustanovení stačí, pokud nedbalostní chování lékaře zvýšilo riziko újmy, ke které následně skutečně došlo. Pak již není třeba lpět na prokazování příčinné souvislosti standardním způsobem, ale je

¹⁵² Případ *Hamil proti Bashline*, 481 Pa. 256, 392 A. 2d 1280 (1978).

pouze na porotě aby posoudila, zda zvýšené riziko bylo podstatným faktorem vzniku škody. Stejně tak i v případě *Herskovits proti Group Health Cooperative* uvedeném výše Washingtonský Nejvyšší soud své rozhodnutí opřel o ustanovení § 323 písm. a) a uvedl k tomu: „*Jiné rozhodnutí by v podstatě znamenalo úplné zbavení odpovědnosti lékaře a zdravotních zařízení ve všech případech, kdy má pacient menší než 50% šanci na uzdravení, bez ohledu na to, jak závažného pochybení se lékař dopustil*“.

Third Restatement umožňuje nově v případech ztracené šance využít koncept proporční odpovědnosti, přičemž v komentáři je uvedeno, že tento přístup odráží spíše jiné pojetí škody než modifikaci principů příčinné souvislosti. Uvidíme, jakým směrem bude postupovat další vývoj judikatury i odborných debat.

6.3 Velká Británie

Počátky teorie ztráty šance ve Velké Británii se datují do roku 1911. Žalobu na náhradu škody tehdy podala účastnice soutěže krásy. Pořadatel soutěže ale v rozporu se smlouvou dívku včas neinformoval o dni a místě konání finále a semifinalistku tudíž připravil o šanci soutěžit s dalšími dívkami o vítězství v této soutěži krásy. Jelikož se každá čtvrtá účastnice stala finalistou, ohodnotil soud šance slečny Chaplin na 25 % a ve stejné míře jí přiznal i odškodnění.

V roce 1987 soud na základě teorie ztráty šance rozhodl o přiznání odškodnění chlapci, který spadl ze stromu a poranil si kyčel¹⁵³. Lékař zranění zprvu špatně diagnostikoval a až po pěti dnech rozeznal postupující avaskulární osteonekrózu. V průběhu řízení bylo zjištěno, že tímto pětidenním prodlením chlapec ztratil 25% šanci na uzdravení. Ačkoliv i při včasné diagnóze byla pravděpodobnost ochrnutí poměrně vysoká – 75 %, soudce přesto považoval za spravedlivé přičknout chlapci odškodnění ve výši 25 % z celkové újmy. Později si odvolací soud¹⁵⁴ položil otázku, co bylo příčinou chlapcova ochrnutí – pád ze stromu nebo nedbalost a pochybení lékařů? Z pohledu konceptu "*balance of probabilities*" by i včasná diagnóza nezabránila trvalým následkům chlapcova pádu, neboť i v případě včasné léčby by chlapec spíše ochrnul, než neochrnul (znaleckým posudkem prokázaná 75% pravděpodobnost). Sněmovna lordů (*House of Lords*) tudíž žádné odškodnění chlapci nepřiznala, neboť existenci

¹⁵³ Případ *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909 (soud 1. Instance).

¹⁵⁴ Případ *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] AC 750 - *House of Lords* (Sněmovna lordů).

příčinné souvislosti mezi újmou na zdraví a pochybením lékařů byla prokázána pouze na 25 %, což neodpovídá požadovanému standartu "*balance of probabilities*".

Dalším mezníkem je velmi často citované rozhodnutí Sněmovny lordů z počátku roku 2005, které mělo značný vliv na aplikaci této teorie i v jiných právních řádech, především pak v Austrálii a Kanadě. Sněmovna lordů tehdy v poměru hlasů 3:2 rozhodla, že otázka příčinné souvislosti v případech porušení povinnosti zdravotní péče by neměla být rozhodována na základě použití teorie ztráty šance. Fakta případu jsou následující: Pan Gregg požádal svého doktora o vyšetření, neboť si pod levou paží nahmatал bulku. Doktor bulku vyhodnotil jako neškodnou a nedoporučil žádná další vyšetření ani léčbu. O devět měsíců později pana Gregga vyšetřil jiný doktor, který bulku označil za rakovinový nádor. Během uplynulých devíti měsíců se bulka rozrostla a s ní se rozšířila i rakovina. Pan Gregg podal na doktora Scotta žalobu, v níž tvrdil, že doktor významně porušil jeho povinnost a nedodržel standarty poskytování zdravotní péče. Soudce nechal vypracovat znalecký posudek a zjistil, že vinou špatné diagnózy se šance na úspěšnou léčbu pan Gregga snížily ze 42 % na 25 %. Nakonec nicméně žalobu zamítl, jelikož pan Gregg měl už při první návštěvě lékaře šance na uzdravení menší než 50 % - nelze tedy tvrdit, že zpoždění v diagnóze bylo "spíše ano než ne" příčinou pacientovy újmy. Soudce zde tedy trval na dodržení důkazního standartu "*on the balance of probabilities*" a odmítl aplikovat teorii ztráty šance, která tento standart uvolňuje.

Ačkoliv anglické soudy nejsou příliš nakloněni aplikaci teorie ztráty šance na případy způsobené nedbalostí lékaře, k případům souvisejícím se ztrátou ekonomického rázu jsou mnohem otevřenější. V případě *Kitchen proti Royal Airforce Association*¹⁵⁵ zapomněl advokát (*solicitor*) v souvislosti s tragickou nehodou vydat v zákonné lhůtě soudní příkaz. Později podala pozůstalá manželka žalobu na odškodné, neboť díky této chybě již nemohla svůj nárok dále před soudem uplatňovat. O tom, že za chybu je odpovědný dotýčný advokát nebylo pochyb, nicméně výše odškodného už tak jednoznačná nebyla. Žalovaný argumentoval tím, že šance poškozené vdovy na úspěch v řízení byly tak jako tak nejisté a nelze tedy tvrdit, že nebýt jeho chyby poškozená by spor vyhrála. Soud však rozhodl jinak. Dle něj poškozená ztratila šanci na úspěch, a jelikož taková šance představuje právo mající jistou hodnotu, je na místě, aby škůdce

¹⁵⁵ Případ Kitchen proti Royal Airforce Association [1958] 2 All ER 241.

poškozenou odškodnil. Bylo tedy na soudu stanovit pravděpodobnost úspěchu pozůstalé manželky v řízení a tedy i velikost šance, kterou vinou žalovaného ztratila. Oprávněnost a správnost takového odhadu nakonec potvrdil i odvolací soud.¹⁵⁶

Lze tedy shrnout, že aktuálně soudy ve Velké Británii umožňují aplikaci teorie ztráty šance v případech smluvních závazků, avšak u závazků vznikajících z deliktů je situace nejasná a nejednotná. Nicméně ze současného vývoje je patrná tendence spíše tento přístup odmítat.

6.4 Austrálie

Australské soudy aplikovaly teorii ztráty šance již od devadesátých let minulého století. Asi nejčastěji citovaným případem je *Rufo proti Hosking*¹⁵⁷, ve kterém soud v prvním stupni nejprve žalobu na náhradu škody zamítl, odvolací soud *Court of Appeal* však odškodné přiznal právě na základě teorie ztráty šance. Poškozenou zde byla čtrnáctiletá dívka, které lékař k léčbě imunitního onemocnění předepsal vysoké dávky kortikoidů bez současného podávání léčiv omezujících jejich negativní vedlejší účinky. Dívka se posléze před soudem snažila dokázat, že právě tento nesprávný postup způsobil onemocnění osteoporózou. Soud rozhodl, že ačkoliv na základě větší pravděpodobnosti nelze dokázat, že nedbalost ošetřujícího lékaře byla příčinou vzniku osteoporózy, ukazují okolnosti celého případu na to, že vysoké dávky kortikoidů bez současného předepsání dalších léků jsou spíše ano než ne příčinou ztráty šance na lepší výsledek léčby.

V případě *Malec proti JC Hutton Pty Ltd*¹⁵⁸ soud předložil následující odůvodnění svého rozhodnutí přiznat poškozenému náhradu škody za újmu na zdraví způsobenou nedbalostí zaměstnavatele:

Jestliže právní řád má při vyhodnocování výše odškodného zohledňovat budoucí či hypotetické události, může tak činit pouze na základě pravděpodobnosti vzniku těchto událostí. Pravděpodobnost může být velmi vysoká – až 99,9 %, nebo naopak velmi nízká – 0,1 %. Ale pokud není daná šance tak nízká, že ji lze považovat za spekulativní – řekněme nižší než 1 %, nebo tak vysoká, že ji již můžeme označovat prakticky za jistou – řekněme vyšší než 99 %, pak ji soud musí vzít v potaz při výpočtu výše náhrady škody.

¹⁵⁶ Více např. na <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000720/hall-4.htm>.

¹⁵⁷ Případ *Rufo proti Hosking* [2004] NSWCA 391.

¹⁵⁸ Případ *Malec proti JC Hutton Pty Ltd* [1990] 92 ALR.

Tam, kde není možné předložit řádný důkaz, by bylo nespravedlivé nakládat s 51% šancí jako s jistotou a zároveň zcela ignorovat 49% šanci. Soud tudíž musí posoudit stupeň pravděpodobnosti vzniku dané události a upravit výši odškodného tak, aby stupeň oné pravděpodobnosti reflektovala.

Dle uvedeného rozhodnutí tedy je možné proporčně odškodnit jakoukoliv šanci, která je vyšší než spekulativní. Tento velkorysý přístup však změnilo rozhodnutí Nejvyššího soudu v případě *Gett proti Tabet*¹⁵⁹. Jednalo se o případ šestileté pacientky Reema Tabet, která kvůli pozdní diagnóze nádoru na mozku utrpěla závažné a trvalé poškození mozku. Soudce soudu prvního stupně konstatoval, že včas neléčený nádor přispěl ke vzniku poškození mozku ve výši 25 %, přičemž jako jiné příčiny znalecký posudek uvedl chirurgický zákrok, ozařování a chemoterapii. Dále soudce uvedl, že lékař svým nedbalostním jednáním připravil pacientku o šanci na lepší výsledek, kterou odhadl na 40 %. Odškodné tedy stanovil ve výši 10 % (40% z 25%) celkové újmy. Nejvyšší soud však v odvolacím řízení toto rozhodnutí zvrátil a náhradu škody za ztrátu šance v oblasti zanedbání lékařské označil za odklon od konvenčních principů a v rozporu s právem. Někteří komentátoři se tedy domnívají, že na základě tohoto rozhodnutí již soudy nemohou přiznávat náhradu škody v případech, kde příčinná souvislost mezi jednáním škůdce a ztrátou šance je nižší než požadovaných 50 %, a že tudíž teorii ztráty šance nelze před australskými soudy uplatňovat.

6.5 Německo

Případy nejisté příčinné souvislosti v oblasti poskytování zdravotní péče upravuje německý právní řád pomocí několika institutů. Jednou z možností, které tamní právní řád při splnění určitých předpokladů nabízí, je uplatnění právní domněnky v případě chybějící lékařské dokumentace. Jestliže lékař či zdravotní zařízení nejsou schopni předložit dokumentaci vztahující se k určitému úkonu, nastupuje právní domněnka, že tento úkon nebyl proveden a soud bez dalšího konstatuje nedbalostní jednání na straně poskytovatele zdravotních služeb.

V případě hrubého pochybení při ošetření (z něm. *große Behandlungsfehler*) pak německé právo upravuje možnost obrácení důkazního břemene, které přechází na ošetřujícího lékaře. Tam, kde lékař jednal zvláště nedbale a vytvořil tak vyšší než

¹⁵⁹ Případ *Gett proti Tabet* [2010] HCA 12.

zanedbatelné riziko následné újmy, nese on sám důkazní břemeno a musí prokázat, že jeho jednání nebylo příčinou dané újmy. Dle rozhodnutí Vrchního zemského soudu v Düsseldorfu je využití tohoto institutu omezeno pouze na situace, kdy lékaře pacienta ošetřuje v rámci péče, kterou na sebe vědomě a dobrovolně převzal.

*Protože se péče o pacienta může lékař ujmout pouze tehdy, má-li odpovídající odborné lékařské znalosti, přenáší se na něho při závažném porušení lékařského standardu a při nedostatečně jasné kauzalitě důkazní břemeno, neboť spektrum příčin, jež v důsledku jeho chyby mohou vést k poškození zdraví, je natolik široké, popř. zkreslené, že pacient není vůbec schopen důkaz kauzality předložit, a není tedy možno ho od něho vyžadovat.*¹⁶⁰

V neposlední řadě může soud uvolnit přísný standart ohledně prokazování příčinné souvislosti. Podobně jako náš právní řád, tak i ten německý vyžaduje prokázání příčinné souvislosti na základě soudcovského přesvědčení¹⁶¹, přičemž tento pojem bývá často spojován s pojmem jistota. Nicméně v některých případech umožňuje německé procesní právo v § 287 *Zivilprozessordnung* uvolnit tento striktní důkazní standart a při posuzování vzniku a rozsahu škody dovoluje soudci zohlednit i hledisko pravděpodobnosti. Tam, kde se újma na zdraví jeví jako sekundární k předchozímu narušení tělesné integrity a zdraví způsobené žalovaným, může soud posoudit domnělý vztah příčiny a následku na základě pravděpodobnosti.¹⁶²

Německo má také zvláštní úpravu odpovědnosti lékaře za nedostatečné poučení pacienta o rizicích lékařského zákroku. Spolkový soudní dvůr¹⁶³ shledal odpovědným lékaře za protiprávní jednání spočívající v tom, že žalovaný nepoučil pacienta dostatečným způsobem o nejvážnějším riziku operace, totiž o možném ochrnutí a ztrátě potence, k čemuž také bohužel následně došlo. Soud nabyt v průběhu řízení přesvědčení, že kdyby byl pacient dostatečně poučen, operaci by nepodstoupil a hledal by jiné možnosti léčby. *Lze tedy dovodit, že jestliže by odpovídající poučení žalovaným*

¹⁶⁰ OLG Düsseldorf (Vrchní zemský soud Düsseldorf), 8 U 27/07, viz. *Soudní rozhledy* č. 3, 2009 str. 119.

¹⁶¹ K tomu např. TICHÝ L.: Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: Tichý L. et al. *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Na str. 59 uvádí: *I když se v českém právu nepoužívá v této souvislosti slova jistota, je zřejmé, a to ze slova pravdivost, že v českém právu nemáme co do činění s pravděpodobností vyhodnocení skutkových okolností a tedy ani těch, které se týkají příčinné souvislosti. Klíčovým pojmem je pravdivost a vnitřní přesvědčení soudce.*

¹⁶² STAUCH M.: Medical malpractice and compensation in Germany. The Chicago-Kent Law Review, [online]. [citováno 15. 4. 2013], dostupné z: < <http://www.cklawreview.com/wp-content/uploads/vol86no3/Stauch-Cut.pdf> <http://> >

¹⁶³ Rozsudek Spolkového soudního dvora ze dne 30. 1. 2001, VI ZR 353/99 (Hamm).

vedlo žalobce k tomu, že by na lékařský zákrok nepřistoupil, je s ohledem na okolnosti tohoto sporu nutné přičíst veškeré následky žalovanému. Odvolací soud, s nímž se ve svém rozhodnutí Spolkový soudní dvůr ztotožnil, tudíž konstatoval, že žalovaný odpovídá žalobci za protiprávní jednání spočívající v nedostatečném poučení pacienta a ve způsobení hmotné škody vzniklé v důsledku zaviněného porušení povinností řádné péče ze smlouvy o léčení.

7 Judikatura mezinárodních evropských soudů

7.1 Evropský soudní dvůr

Na úvod je třeba poznamenat, že Evropský soudní dvůr (dále jen ESD) teorii ztráty šance při své rozhodovací činnosti používá již řadu let. Stejně tak i Evropská komise (dále jen Komise) přijímá názor, že ztráta šance představuje v určitých případech újmu, kterou je třeba nahradit. Jak je již řečeno na jiných místech této práce, je koncept ztráty šance využíván nejenom v souvislosti s problematikým prokazováním příčinné souvislosti, ale i v otázkách týkajících se vyčíslení výše náhrady vzniklé újmy, přičemž ze zkoumané judikatury ESD je patrné, že soud teorii využívá právě spíše v tomto druhém smyslu.

ESD používá koncept ztráty šance či ztráty příležitosti poměrně flexibilně, a to v různých oblastech. V následujícím textu se snažím přiblížit způsob, jakým ESD s doktrínou zachází na rozboru dvou případů, přičemž první věc se týká oblasti pracovněprávní (ztráta šance na lepší pracovní zařazení) a druhá oblasti veřejných zakázek (ztráta šance na zajištění veřejné zakázky). Zajímavý a svými skutkovými okolnostmi nevšední je i třetí případ, ve kterém se soud zabývá odškodněním za ztrátu šance na přežití v situaci, kdy Komise dostatečným způsobem nezajistila bezpečnost svého zaměstnance.

7.1.1 Pracovní právo

Zdá se, že v případě sporů týkajících se chybného postupu při přijímání nových zaměstnanců nebo povyšování těch stávajících¹⁶⁴ ESD teorii ztracené šance využívá často, i když způsob jakým ji aplikuje, vyvolává občas pochybnosti vedoucí například k podání kasační stížnosti Komisí.

Teorii ztracené šance na přijetí se poměrně podrobně zabýval Soud prvního stupně¹⁶⁵ a následně i Soudní dvůr ve věci C-348/06¹⁶⁶, kde neúspěšná uchazečka o pracovní místo žalovala Komisi o náhradu škody za ztrátu šance nastoupit na jedno z osmi pracovních míst, o které se marně ucházela. Soud první instance upřesnil, že *ztráta šance zastávat uvolněné pracovní místo u orgánu Společenství a šance mít s tím*

¹⁶⁴ Např. věc F – 91/10, kde soud řešil ztrátu šance (příležitosti) na povýšení do vyšší platové třídy A5.

¹⁶⁵ Rozsudek Soudu prvního stupně ve věci T-10/02 ze dne 6.6.2006.

¹⁶⁶ Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ve věci C-348/06 P ze dne 21.2.2008 (dále jen Rozhodnutí Soudního dvora).

související finanční výhody představuje majetkovou újmu, na čemž se účastníci shodli.¹⁶⁷ Z uvedeného je patrné, že ESD chápe ztracenou šanci jako specifickou formu škody.

Je totiž třeba připomenout, že ztráta šance představuje sama o sobě újmu, jak ostatně Komise připouští. Pokud jde o ztrátu šance na přijetí, újmu nepředstavují očekávané částky, ale naděje na jejich získání. Soud musí vzít při přiznávání náhrady škody v úvahu význam této naděje, která musí být, jak vyžaduje judikatura, vážná. Šance musela být skutečná. V tomto ohledu se jedná o použití zásady náhrady určité újmy, neboť jistou není očekávaná nadcházející událost ani budoucí vývoj, ale ztráta šance na to, že tato událost nebo vývoj nastane. Posouzení šance, kterou měla M.-C. Girardot na přijetí své žádosti o pracovní místo, nemůže být nepovinné, protože je součástí samotné definice pojmu ztráty šance¹⁶⁸.

Soud prvního stupně tedy uvedl, že ztracená šance musí mít určité vlastnosti - tj. musí být (i) skutečná¹⁶⁹ (tedy alespoň vážná) a újma musí být (ii) určitá (angl. *genuine*). Skutečnost šance je pak posuzována na základě zjišťování pravděpodobnosti jejího uskutečnění, která musí být vysoká. V uvedené věci Soud nejdříve posuzoval, zda žádosti o pracovní místo podané žalobkyní splňovaly podmínky uvedené v oznámeních o volných pracovních místech. Dále vzal v potaz skutečnost, že u všech osmi žádostí měla žalobkyně pouze jednoho protikandidáta (tedy ve všech případech byla její šance na přijetí teoreticky 50 %) a vypořádal se i s argumentem Komise, která tvrdila, že ani v jednom případě nemusela nakonec zaměstnat žádného z uchazečů a pozici neobsadit vůbec. Argumentovala, že šanci na přijetí není možné posuzovat jako skutečnou, neboť na přijetí neexistoval právní nárok. Po zvážení dalších podmínek snižujících i zvyšujících šanci žalobkyně na úspěch Soud ohodnotil šanci žalobkyně jako vážnou, a tudíž *ex aequo et bono* použil na ztrátu odměny utrpěnou paní Girardot násobící koeficient rovný 0,5.

Podíváme-li se blíže na způsob, jakým Soud vypočítal výši odškodného, zjistíme, že postupoval následovně:

¹⁶⁷ Viz. bod 24 Stanoviska Generálního advokáta Paola Mengozziho ve věci C-348/06 P přednesené dne 22. 11. 2007 (dále jen Stanovisko).

¹⁶⁸ Viz. bod 77 Stanoviska.

¹⁶⁹ Pojem „skutečná“ pochází z české verze uvedeného stanoviska ve věci C-348/06 P a pochází z angl. *genuine* či *actual*, což je někdy také překládáno jako *vážná*.

- (i) nejdříve určil ztrátu odměny utrpěnou žalobkyní p. Girardot, a to tak, že porovnal odměnu, kterou by pobírala, kdyby byla přijata a odměnu, kterou skutečně pobírala poté, co Komise její žádosti o přijetí odmítla;
- (ii) poté za pomoci zohlednění konkrétních okolností snižujících i zvyšujících její šance na přijetí určil *ex aequo et bono* pravděpodobnost, s jakou by paní Girardot byla přijata, kdyby Komise jednala v souladu s právním řádem;
- (iii) a následně vynásobil výši ztracené odměny (add 1) koeficientem pravděpodobnosti (add 2).

Uvedený způsob výpočtu ztráty šance a nejednotnost judikatury v podobných situacích byly důvodem, proč Komise podala proti rozhodnutí Soudu prvního stupně kasační stížnost. Komise namítala, že Soud se snažil vyčíslit újmu vzniklou z hypotetické ztráty odměny a nikoli újmu vzniklou ze ztráty šance na přijetí: „*Soud uvedeným způsobem nevypočetl skutečnou a určitou újmu vyplývající ze ztráty šance utrpěné paní Girardot, ale ve skutečnosti vypočetl jinou škodu, čistě hypotetickou, vyplývající ze ztráty odměny, kterou by paní Girardot mohla utrpět, kdyby měla nárok na přijetí, a tím přeměnil ztrátu šance na přijetí na ztrátu jistoty získat pracovní místo.*“¹⁷⁰

ESD připustil, že takto vypočítaná míra šance *je hypotetická a nelze ji samu o sobě považovat za skutečnou či určitou*. Nicméně jelikož je nesporná skutečnost a určitost škody, je Soud sám příslušný k tomu, aby na základě vlastního posouzení a v rámci své rozhodovací pravomoci rozhodl o způsobu, který má být použit pro určení její výše.¹⁷¹ Zdůraznil, že nelze stanovit obecný způsob výpočtu ztracené šance na přijetí, který by byl použitelný ve všech situacích. Vždy je třeba zvážit konkrétní okolnosti situace, posoudit individuální škodu vzniklou z konkrétní protiprávnosti a ponechat Soudu prostor pro zvážení nejvhodnějšího způsobu určení náhrady dané škody.

Generální advokát ve svém stanovisku vyjádřil zájem provést komparativní srovnání právních řádů členských zemí za účelem zjištění, zda z nich lze vyvodit nějaké obecné zásady týkající se teorie ztráty šance a nahraditelnosti a způsobu výpočtu rozsahu újmy. Bohužel v době rozhodování Soudního dvora provedený přezkum právních úprav jednotlivých zemí neumožňoval vyvodit obecné zásady, které by byly

¹⁷⁰ Viz. bod 57 Rozhodnutí Soudního dvora.

¹⁷¹ Viz. bod 74 Rozhodnutí Soudního dvora.

společné všem členským státům, přesto ale i částečný pohled na situaci zejména v těch vyspělejších členských zemích může být zajímavý. Podle zjištění uvedených ve stanovisku generálního advokáta patří mezi jurisdikce, které ztrátu šance na přijetí obecně neumožňují Německo, Rakousko, Švédsko, Dánsko, Portugalsko a Finsko (i když poslední tři země umožňují jinou formu vyrovnání pro poškozeného (např. zpětné obnovení příslušného služebního postupu v Portugalsku). Naopak Spojené království, Irsko, Francie, Itálie, Lucembursko, Belgie, Řecko, Španělsko, Nizozemí se řadí mezi země, které nějakým způsobem ztrátu šance definují a poškozeným přiznávají nárok na odškodnění (a to zejména v pracovněprávních sporech a sporech týkajících se vnitrostátní veřejné služby).

Dále generální advokát uvedl způsoby, jakým soudy těchto zemí ohodnocují ztracenou šanci a tudíž i výši odškodnění. Zjednodušeně lze říci, že ve Francii, Itálii i Spojeném království je metoda výpočtu téměř stejná - výše odškodnění za ztracenou šanci na povýšení se počítá jako rozdíl mezi odměnou za práci na vyšší pozici a skutečně dosahovanou odměnou a z ní se pak počítá procentní podíl rovnající se šanci vyšší pozici skutečně získat. V Belgii je hodnota ztracené šance předmětem ohodnocení *ex aequo et bono* v tom smyslu, že poté, co soud zjistí, že neexistují přesné poznatky potřebné k ohodnocení újmy, svědomitě zohlední všechny okolnosti, které mohou mít vliv na její výpočet. Evropský soudní dvůr tedy v podstatě použil stejnou logiku a nijak výrazně se neodchýlil od praxe těchto států.

7.1.2 Oblast veřejných zakázek

Další velkou skupinu případů, ve kterých je pravidelně uplatňována teorie ztráty šance, jsou případy z oblasti veřejných zakázek, kde však ESD až doposud odmítal aplikovat teorii ztráty šance při odškodňování (neprávem) neúspěšných kandidátů. ESD i Komise používají pojem „ztráta šance na zajištění smlouvy“ (*angl. loss of chance of securing a contract*).

Tribunál rozhodoval ve věci týkající se nabídkového řízení na údržbu, podporu a rozvoj systému pro správu půjček, které zveřejnila Evropská investiční banka (EIB). Jedním ze sedmi uchazečů byla i společnost Evropaiki Dynamiki, která však v konečném hodnocení uchazečů skončila na druhém místě. Namítala, že EIB nedodržela zadávací podmínky a právní úpravu, již se nabídkové řízení řídí, a to např.

tím, že jí neoznámila výsledek daného řízení. Žalobkyně požadovala, aby Tribunál zrušil rozhodnutí EIB a aby EIB nařídil náhradu škody, která žalobkyni vznikla v důsledku nezákonného napadeného rozhodnutí.

Tribunál připustil, že v určitých případech má neúspěšný soutěžitel právo na náhradu za ztrátu šance získat předmětnou zakázku. Doslova uvedl:

Je-li v důsledku žaloby vyloučeného uchazeče o veřejnou zakázku rozhodnutí o zadání zakázky zrušeno, avšak veřejný zadavatel již nemůže znovu otevřít nabídkové řízení týkající se dotčené veřejné zakázky, mohou být zájmy tohoto uchazeče chráněny například finančním odškodněním odpovídajícím ztrátě šance na zadání zakázky nebo – lze-li s jistotou prokázat, že zakázka měla být uchazeči zadána – ušlému zisku. Z nejnovější judikatury totiž vyplývá, že je možné dát hospodářskou hodnotu ztrátě šance na zadání veřejné zakázky, kterou vyloučený uchazeč o uvedenou zakázku utrpěl v důsledku protiprávního rozhodnutí.¹⁷²

V dalším případě týkajícím se dodávky počítačových programů předseda Soudního dvora během řízení o předběžném opatření uvedl, že *uspěje-li žalobce před soudem ve věci samé, může být škodě ve formě ztráty příležitosti uzavřít smlouvu přiřknuta ekonomická hodnota, což by umožnilo uspokojit požadavek plného odškodnění individuální újmy.*¹⁷³

V řízení ve věci samé pak Tribunál žádost o náhradu škody zamítl¹⁷⁴. Rozhodl, že žalobce neprokázal existenci skutečné a určité újmy, jak to v případech o náhradě škod vyžadují právní předpisy EU. Zároveň podotkl, že si stejně tak jako žalobce uvědomuje, že u škody za ztrátu příležitosti nemůže být ze své podstaty nikdy posuzována její určitost. Vyčetl ale žalobci, že v tomto případě nepředložil žádný důkaz, a neuvedl žádný, byť i sebestmenší, argument na podporu částky 1 milion EUR, kterou požadoval jako náhradu za ztrátu příležitosti. Pouhé odkazy na „hodnotu smluv“, „složitost technických aspektů“, či „prestiž veřejného zadavatele“ tento nedostatek nemohou zhojit, jak uvádí Komise.

Z dalších několika rozhodnutí ESD týkajících se ztráty příležitosti či šance na získání veřejné zakázky lze vyvodit několik následujících, obecných závěrů:

- existence škody je nesporná, není-li pouze hypotetická;

¹⁷² Rozsudek Tribunálu (Čtvrtého senátu) ve věci T-461/08 ze dne 20.9.2011, viz. bod 66.

¹⁷³ Usnesení předsedy Soudního dvora ze dne 5.10.2012, viz bod 27.

¹⁷⁴ Rozsudek Tribunálu (Třetího senátu) T-442/11 ze dne 24.10.2012, viz. bod 125.

- hospodářskou hodnotu takové škody lze stanovit i přes nejistotu týkající se jejího vyčíslení;
- odškodnění na základě ekonomického ohodnocení škody utrpěné v důsledku ztráty příležitosti je v zásadě v souladu s požadavkem stanoveným judikaturou na plné odškodnění újmy utrpěné jednou stranou v důsledku protiprávního jednání druhé strany ¹⁷⁵;
- pravděpodobnost, že taková ekonomická hodnota bude obrazem skutečné škody utrpěné žalobcem je prvkem, který předseda vezme v potaz, bude-li to nezbytné při porovnávání zájmů, které jsou v sázce ¹⁷⁶.

7.1.3 Ztráta šance na přežití

Další věcí, kde ESD při své rozhodovací činnosti využil teorie ztráty šance je věc F-50/09 z roku 2011¹⁷⁷, kdy Soud pro veřejnou službu Evropské unie řešil otázku odpovědnosti Komise EU za ztrátu šance na přežití. Jednalo se o zástupce Komise, pana Lusignano, který se v roce 1996 stal obětí loupežného přepadení ve svém domově. Spolu se svojí manželkou byl během dlouhodobého služebního pobytu zavražděn v Maroku v domě, jehož pronájem zajišťovala právě Komise. Žalobcem byl v tomto případě otec zavražděného diplomata a dědeček čtyř pozůstalých dětí, které se v době vraždy v domě také nacházely. Žalobce se domáhal toho, aby soud uznal Komisi spoluodpovědnou za vraždu diplomata a jeho manželky spáchanou zloději, kteří v noci vnikli do špatně zabezpečeného domu. Ačkoliv se to může zdát absurdní, soud nakonec rozhodl o tom, že Komise nese 40% podíl na násilné smrti svého diplomatického zástupce a ve stejném podílu se musí podílet i na náhradě škody, uplatňované žalobcem ve prospěch čtyř pozůstalých dětí. Soud přijal argumentaci žalobce, že Komise dostatečně nezajistila bezpečnost domu, a to například tím, že v domě nebyl instalován zvukový bezpečnostní systém nebo tlačítko, kterým by šlo v případě nouze přivolat pomoc. Právě absence tohoto prostředku zmařila šanci na přežití pana Lusignano, který nezemřel hned po útoku jednoho ze zlodějů, ale až během několika následujících hodin, kdy nebyl schopný zavolat si pomoc.

¹⁷⁵ Usnesení předsedy Soudu prvního stupně ve věci T-41/08 R ze dne 25.4.2008, viz. bod 66.

¹⁷⁶ Usnesení předsedy Soudu prvního stupně ve věci T-41/08 R ze dne 25.4.2008, viz. bod 68.

¹⁷⁷ Rozsudek Soudu pro veřejnou službu Evropské unie (prvního senátu) ze dne 12. května 2011, Livio Missir Mamachi di Lusignano proti Evropské komisi, F-50/09.

Zajímavé a ne zcela jasné je to, jak soud vypočítal podíl Komise na celkové újmě. Nejdříve se zabýval otázkou odpovědnosti Komise za to, že se zloděj dostal do domu a 4 hodiny zde nerušeně pobýval. Uvedl k tomu, že i když Komise nepřijala dostatečná bezpečnostní opatření a tím vytvořila pro vznik škody podmínky, nelze dvojnásobnou vraždu považovat za bezprostřední a neodvratný důsledek jejího pochybení. Nicméně připustil, že Komise musí nést alespoň částečnou odpovědnost:

Skutky, kterých se útočník dopustil, však nemohou zcela zprostit orgán jeho odpovědnosti. Pokud by byla příčinná souvislost mezi pochybením Komise a dvojnásobnou vraždou považována za přerušenu, nenesl by správní orgán žádné důsledky svého pochybení spočívajícího v opomenutí, ačkoli vytvořil podmínky pro vznik této škody. Takové řešení by bylo jen stěží v souladu s judikaturou, která připouští, že škoda může mít více příčin, a která v důsledku toho k založení odpovědnosti správního orgánu nutně nevyžaduje, aby orgán nesl výlučnou odpovědnost za škodu.

Soud je proto toho názoru, že Komise je odpovědná za 30 % vzniklé škody.

V druhé části se soud zabýval otázkou odpovědnosti Komise za ztrátu šance na přežití.

Co se týče ztráty šance na přežití, došel Soud po posouzení k odlišnému závěru. Pochybení Komise je totiž v tomto případě přímou a výlučnou příčinou této škody. Jednání vraha nemůže odpovědnost Komise zmírnit. Připustil, že ztracenou šanci je v tomto případě nutné považovat za určitou, ale vzhledem ke zraněním napadeného diplomata, zároveň uvedl, že byla velmi malá:

Bez přesných údajů ve spise a s ohledem na nejasnosti, které s takovým posouzením souvisí, je velmi obtížné zhodnotit, jak vysoká tato šance na přežití byla. Soud má za to, že je možné ji odhadnout na 20 %. Z písemností ve spise totiž vyplývá, že úředník byl bodnut do krku, a i když tomuto zranění ihned nepodlehl, bylo jeho zranění velmi vážné, což vážně ohrožovalo jeho šanci na přežití i v případě rychlého příjezdu záchranářů.

Závěrem má Soud po zvážení obou uplatněných škod, tedy dvojnásobné vraždy a ztráty šance na přežití, a skutečnosti, že tato druhá škoda není tak rozsáhlá jako první škoda, za to, že Komisi je třeba činit odpovědnou za 40 % vzniklých škod.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Viz předchozí poznámka, bod 192 – 197.

Soud tedy pomocí znaleckých posudků stanovil šance na přežití pana Lusignano pouze ve výši 20 %. To znamená, že soud shledal Komisi odpovědnou za ztrátu šance, která byla na začátku pouhých 20 %, tudíž hluboce pod pravděpodobností hranicí 50 %, jejíž překročení vyžadují některé jurisdikce.

Nakonec soud tedy uzavírá, že při zohlednění skutečnosti, že celková újma byla způsobena dvěma faktory, a to vraždou (za kterou nese Komise odpovědnost ve výši 30 %) a ztrátou šance na přežití (Komise shledána 100% odpovědnou za ztrátu 20% šance), a faktem, že druhý faktor je svým rozsahem méně významným než první, je Komise odpovědná za 40 % celkové utrpěné újmy.

Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce kasační opravný prostředek, o kterém v době vydání této práce nebylo zatím rozhodnuto a nebylo možné ani zjistit, kterého výroku se týká.

Z výše uvedeného je patrné, že ESD přijímá teorii ztráty šance a ve své rozhodovací činnosti ji často využívá. Spíše než můstek překlenující nemožnost prokázání příčinné souvislosti ji však chápe spíše jako zvláštní druh škody. Ztracenou šanci či příležitost považuje za určitých okolností za újmu hodnou odškodnění i přes veškeré problémy doprovázející vyčíslení této újmy. Posuzovaná újma musí být především skutečná, tedy nikoliv pouze možná či hypotetická. Důraz je přitom kladen na individuální posouzení všech okolností projednávané věci. Při stanovování výše odškodného se ESD odmítl řídit nějakými obecnými pravidly či postupy, ale zcela spoléhá na rozhodovací pravomoc a vlastní posouzení.

7.2 Evropský soud pro lidská práva

Evropský soud pro lidská práva ve Štrasburku (dále také jen ESLP) ve své rozhodovací činnosti neřeší případy ztráty šance na uzdravení či lepší výsledek, ale v oblasti porušení práva na spravedlivý proces používá podobný termín – ztráta příležitosti, popřípadě ztráta skutečné příležitosti (*loss of opportunity*, resp. *loss of real opportunity*). Jedná se o případy, kdy stěžovatel namítá, že kvůli porušení některého svého procesního práva byl připraven o možnost lepšího výsledku řízení, tj. zcela opačného výsledku sporu, nižšího trestu, a podobě. ESLP tak v některých případech rozhoduje o odškodnění za ztrátu takové příležitosti. Je nutné dodat, že ani tento soud

není ve svém přístupu zcela konzistentní.¹⁷⁹ V případech, kdy konstatuje porušení práva na spravedlivý proces (čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod) většinou odmítá spekulovat o výsledku řízení, kterého poškozený mohl dosáhnout, kdyby nedošlo k porušení jeho práv.

Přístup soudu se případ od případu vyvíjel tak, že v otázce spravedlivého zadostiučinění soud rozlišuje na jedné straně situace, kdy stěžovatel trpí zjevným traumatem, ať už fyzické či psychické povahy, nebo bolestmi, stresem, úzkostí, frustrací, pocity nespravedlnosti či ponižení, dlouhotrvající nejistotou, narušením životního stylu či utrpí skutečnou ztrátu příležitosti (např. Elsholz proti Německu [GC], č. 25735/94, § 70, ECHR 2000-VIII; Selmouni proti Francii [GC], č. 25803/94, § 123, ECHR 1999-V; a Smith a Grady proti Spojenému království (spravedlivé zadostiučinění), č. 33985/96 a č. 33986/96, § 12, ECHR 2000-IX) a na druhé straně situace, kdy veřejná omluva za bezprávi spáchané vůči stěžovateli uvedená v rozhodnutí, které je pro smluvní stát závazné, je dostatečně účinnou formou nápravy sama o sobě.¹⁸⁰

Ke způsobu stanovování výše odškodného ESLP dále uvádí:

V některých situacích však mohou následky utrpěného bezprávi být takového charakteru a takové intenzity, že představují výrazný zásah do duševní pohody stěžovatele a tudíž je třeba učinit něco víc. Tyto aspekty však nelze přesně vypočítat ani ohodnotit. A není to ani úlohou soudu postupovat podobným způsobem jako postupuje vnitrostátní soud v rámci systému deliktů, rozdělování viny a odškodňování újmy mezi stranami občanskoprávních sporů. Vůdčím principem ESLP je spravedlnost, která zahrnuje především flexibilitu a objektivní posouzení toho, co je správné, spravedlivé a rozumné při zvážení všech okolností dané věci, a to nejen konkrétní pozice stěžovatele, ale celkové situace, které se porušení práva týká.

V projednávání stížnosti *Osman proti Spojenému království*¹⁸¹ ESLP posuzoval porušení práva stěžovatelů na spravedlivý proces, jelikož jim nebylo umožněno vést soudní řízení proti místní policii za nedbalost při vyšetřování a za to, že policie neučinila přiměřená opatření, která mohla zabránit vraždě manžela stěžovatelky a

¹⁷⁹ K tomu např. kritický text KMEC, J.: Ztráta reálných šancí: co to je?[online]. [citováno 27.3.2013], dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2008/11/ztrta-relnch-anc-co-to-je.html>.

¹⁸⁰ Stížnost č. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 a 16073/90 ve věci Varnava a další proti Turecku, rozhodnutí ze dne 18.9.2009, bod 224.

¹⁸¹ Stížnost č. 23452/94 ve věci Osman proti Spojenému království, rozhodnutí ze dne 28.10.1998.

postřelení druhého stěžovatele. Jako v naprosté většině případů i zde ESLP konstatoval, že nemůže spekulovat o výsledku vnitrostátního řízení, kdyby stěžovateli bylo umožněno jej vést v souladu se zásadami spravedlivého řízení. Nicméně dále poukázal na to, že stěžovatelům byla odepřena možnost získat rozsudek ve věci týkající se odškodnění za špatný postup policie a na základě spravedlnosti jim přiznal odškodnění ve výši 10 000,- britských liber každému.

Podobně i ve věci *van Glabeke proti Francii*¹⁸² soud došel k závěru, že stěžovatelka utrpěla nemajetkovou újmu způsobenou ztrátou příležitosti získat včasné soudní rozhodnutí, přičemž tuto ztrátu ohodnotil na základě spravedlivého řešení částkou 8 000,- eur. Naopak v mnoha dalších případech soud odmítl i přes deklarované porušení čl. 6 Úmluvy přiznat stěžovateli jakékoliv odškodné, neboť soud nevzal za prokázané, že porušení práva na spravedlivý proces bylo příčinou újmy či škody stěžovatele. Svě závěry odůvodňuje nedostatečně prokázanou příčinnou souvislostí mezi zjištěným porušením a následnou újmou stěžovatele, jako tomu bylo např. ve věci *Edwards a Lewis proti Spojenému království*¹⁸³, kde ESLP uvedl následující:

Zjištění soudu ohledně porušení článku 6 v tomto případě samo o sobě nezahrnuje zjištění, že stěžovatelé byli protiprávně odsouzeni a soud nepovažuje za vhodné přiznat jim peněžní odškodnění za ztrátu procesní příležitosti nebo související újmu či škodu.

Závěrem lze tedy postup ESLP ohledně zjišťování ztráty příležitosti (šance) na jiný výsledek řízení shrnout takto: Soud odmítá spekulovat o tom, jaký by byl výsledek řízení (a tedy i o výši odškodnění nemajetkové újmy), kdyby bývaly byly dodrženy veškeré procesní standardy; jiná situace však nastává tehdy, jestliže se daná věc vyznačuje zvláštními okolnostmi, které soud vedou k přesvědčení o „skutečné ztrátě příležitosti“.¹⁸⁴

¹⁸² Stížnost č. 38287/02 ve věci *van Glabeke proti Francii*, rozhodnutí ze dne 7. 3. 2006.

¹⁸³ Stížnost č. 39647/98 a 40461/98 ve věci *Edwards a Lewis proti Spojenému království*, rozhodnutí ze dne 27. 10. 2004.

¹⁸⁴ Srov. např. stížnost č. 39665/98 a č. 40086/98 věci *Ezeh a Connors*, rozhodnutí ze dne 15. 7. 2002, bod 112.

8 Ztráta šance v Evropském deliktním právu

8.1 Snahy o kodifikaci evropského práva

V prostředí Evropské unie jsou již delší dobu snahy o harmonizaci základních principů deliktního práva. Svého zhmotnění se tyto snahy dočkaly zejména v podobě dvou dokumentů: Principů evropského deliktního práva – *Principles of European Tort Law* (dále také jako „PETL“) a Evropského návrhu společného referenčního rámce – *Draft Common Frame of Reference* (dále také jako „DCFR“). Tyto iniciativy si (alespoň prozatím) nekladou za cíl harmonizovat či dokonce sjednotit úpravu deliktního práva napříč Evropou, ale spíše vytvořit společný základ, na němž bude moci být případně stavěno dále. Zejména vytvoření PETL je chápáno jako první krok k dalšímu sbližování právních norem a v delším časovém horizontu i k vytvoření jednotného evropského soukromoprávního kodexu. Principy jsou nicméně postaveny tak, že by bylo možné je bez dalšího převzít do právního řádu některé země a aplikovat je místními soudy. Tvůrci DCFR pak své dílo považují spíše za inspirační zdroj budoucích úprav, v němž lze najít vhodná řešení pro úpravu jednotlivých institutů soukromého práva.

Ačkoliv jsou obě sbírky jistě bohatou látkou na zkoumání a jejich komparativní analýza s naším právním řádem nabízí množství zajímavých témat, v dalším výkladu se omezují pouze na problematiku související s odpovědností za škodu a teorií ztráty šance.

8.2 Principy evropského deliktního práva

V případě PETL je základní ustanovení o odpovědnosti obsaženo ve dvou odstavcích I. dílu. První odstavec v jedné větě shrnuje základní podmínky odpovědnosti za škodu a stanovuje povinnost způsobenou škodu nahradit: „*Každý, komu lze na základě zákona přičíst škodu způsobenou jinému, je povinen tuto škodu nahradit.*“¹⁸⁵ Druhý odstavec pak specifikuje komu a za jakých okolností lze škodu přičíst. Předpoklady odpovědnosti, tj. porušení právem chráněného zájmu, vznik škody a příčinná souvislost, jsou bezpochyby společné všem právním řádům členských států Evropské unie.

¹⁸⁵ Principy evropského deliktního práva, článek 1:101, odst. 1.

Obecná odpovědnost za škodu je - stejně jako v české právní úpravě - založena na subjektivní formě odpovědnosti, která vyžaduje zavinění: „*Každý je odpovědný na základě zavinění za úmyslné nebo nedbalostní porušení požadované úrovně chování.*“¹⁸⁶ Další ustanovení specifikují, co se pod pojmem požadovaná úroveň chování rozumí. Je to v podstatě „*chování rozumné osoby v závislosti na okolnostech a záleží konkrétně na povaze a hodnotě chráněného zájmu, jehož se týká, nebezpečnosti jednání, zkušenostech, které jsou očekávány u jednající osoby, předpověditelnosti škody, vztahu blízkosti nebo zvláštního vztahu mezi těmi, již se to týká, jakož i dosažitelnosti a ceny prevenčních nebo alternativních metod.*“¹⁸⁷ Následující ustanovení umožňují modifikaci požadované úrovně chování, a to zohledněním věku, fyzických a duševních schopností a dalších zvláštních okolností¹⁸⁸. Stejně tak je třeba přihlídnout k „*normám, které předepisují nebo zakazují určité chování*“¹⁸⁹, stanovují-li požadovanou úroveň chování.“

Jako jednomu z předpokladů odpovědnosti se otázce příčinné souvislosti dostalo v rámci PETL poměrně velké pozornosti. V sedmi článcích PETL je poměrně podrobně upravena příčinná souvislost v podobě *conditio sine qua non* a zároveň i konkurenční, alternativní a potencionální příčiny. Dále se zde pojednává i o neurčité dílčí kauzalitě a poměrně standardním způsobem jsou upraveny situace, které mají svou příčinu ve sféře poškozeného.

8.2.1 *Conditio sine qua non*

V otázce příčinné souvislosti stojí PETL na splnění testu *conditio sine qua non*, který je ve většině právních řádů považován za rozhodující. Jednání škůdce musí být právě takovou podmínkou, bez jejíž existence by nenastal škodlivý následek. PETL v článku 3:101 doslova uvádí, že „*Konání nebo opomenutí (dále jen jednání) je příčinnou škody poškozeného, jestliže by při neexistenci takového jednání škoda nevznikla.*“

¹⁸⁶ Viz předchozí poznámka, článek 4:101, dostupné například zde <http://www.egtl.org/>.

¹⁸⁷ Viz předchozí poznámka, článek 4:102., odst. 1.

¹⁸⁸ Viz předchozí poznámka, článek 4:102., odst. 2.

¹⁸⁹ Viz předchozí poznámka, článek 4:102., odst. 3.

8.2.2 Alternativní příčiny

V případě, kdy není stanoveno, které z vícera jednání skutečně způsobilo škodu, přičemž však kterékoliv z nich mohlo být samo o sobě dostatečnou příčinou celé škody, je každé jednání považováno za příčinu v rozsahu pravděpodobnosti, v jaké mohlo způsobit škodu (článek 3:103). Svým řešením pak velmi připomíná teorii ztráty šance. PETL tedy navrhuje řešení v podobě proporční odpovědnosti, na rozdíl od DCFR, kde jsou škůdci odpovědní za vzniklou škodu společně a nerozdílně.

8.2.3 Neurčitá dílčí kauzalita

Situace, kdy nelze jednoznačně určit, které z více jednání způsobilo škodu, jsou v PETL označovány termínem neurčitá dílčí kauzalita (článek 3:105). V takovém případě se předpokládá, že jednání, která zjevně přispěla ke škodě, ji způsobila rovným dílem. Toto ustanovení by se dle mého názoru dalo aplikovat na některé situace ztráty šance, neboť ani tam nelze určit podíl každé z příčiny na celkové škodě, nebo je to pouze předmětem statistických odhadů. Další podmínkou pro aplikaci tohoto článku je to, že žádné z jednání nezpůsobilo celou škodu.

8.2.4 Prokazování škody

PETL ponechává způsob prokázání škody na procesních předpisech daného právního řádu. V situacích, kdy by přesné prokázání rozsahu škody znamenalo pro poškozeného příliš velké břemeno, a to jak z hlediska obtížnosti tak i nákladů, umožňuje článek 2:105, aby soud rozsah takové újmy sám odhadl. Ustanovení však dále neupřesňuje, jaké skutečnosti má soud zvážit. Je ale jasné, že musí vždy přihlédnout k individuálním okolnostem daného případu. Toto ustanovení je tedy aplikací teorie ztráty šance nakloněno příznivě, neboť nepožaduje, aby výše způsobené škody byla přesně prokazatelná a jako přípustné alternativní řešení nabízí spravedlivý odhad soudu. Stejný postup stanoví i náš nový občanský zákoník.

Z pohledu teorie ztráty šance je důležité i to, že PETL náhradu nemajetkové újmy definičně spojuje s druhem poškozeného chráněného zájmu, kdy nejvýše staví život a tělesnou a duševní integritu. Je zřejmé, že tvůrci PETL se podrobně zabývali pojmem příčinné souvislosti a výše uvedené moderní koncepty v podobě neurčité dílčí kauzality, alternativní kauzality apod. jsou toho důkazem. Stejně tak pojetí škody jako

majetkové či nemajetkové újmy zákonem chráněného zájmu je širší než její současné pojetí v českém právním řádu.

8.3 *Evropský návrh společného referenčního rámce*

DCFR obsahuje principy, definice a modelová pravidla. Jejich motivací není harmonizace aktuálního platného práva napříč evropskými zeměmi, ale mají sloužit spíše jako inspirace pro zákonodárce EU i jednotlivých členských zemí. Dle (politicky laděné) kritiky, je ale i tato cesta jakési „latentní“, nenápadné harmonizace. Ať tak či tak, obojí je dle mého názoru zatím hudbou daleké budoucnosti, neboť přístupy evropských právních řádů k jednotlivým otázkám odpovědnosti za škodu jsou natolik různé, že společnou řeč zatím shodu zatím nelze reálně nalézt.

DCFR se o ztrátě šance vyjadřuje jako o zvláštním konceptu odpovědnosti, za jehož základ považuje otázku, zda ztrátu šance na lepší výsledek (jehož uskutečnění nelze s jistotou stanovit) lze považovat *per se* za nahraditelnou škodu. Za právně významnou škodu považuje jen škodu vzniklou porušením zájmů zasluhujících si právní ochranu. Právo na náhradu škody pak vzniká jen tehdy, je-li to spravedlivé a rozumné (přiměřené).

Autoři zároveň přiznávají, že přístup právních řádů ohledně teorie ztráty šance se liší napříč celou Evropou, což dokazují komparativním srovnáním úprav několika zemí. Ve Francii je jádrem problematiky skutečnost škody. Pokud lze ztracenou šanci charakterizovat jako skutečnou, pak francouzské soudy připouští možnost její náhrady, zkoumají však přitom výši pravděpodobnosti lepšího výsledku. V podstatě stejným způsobem postupují i soudy v Itálii, Španělsku a Nizozemí. Podobný přístup má i Belgie, kde rozsah odškodného závisí na hodnotě předpokládaného lepšího výsledku a pravděpodobnosti jeho uskutečnění.

Dále se o teorii ztráty šance zmiňují ustanovení týkající se otázky jistoty vzniku škody. Všeobecně právní řády vyžadují určitý stupeň jistoty existence/vzniku škody. Toto pravidlo však neplatí bezvýhradně, jelikož v mnoha právních řádech soudy přiznaly náhradu škody i v případech, kdy vznik škody nebyl zdaleka tak jistý. V této souvislosti je kromě odškodnění za ztrátu šance zmiňována též náhrada škody za ztrátu potencionálního zisku. Například polský Nejvyšší soud konstatoval, že lze přiznat

náhradu za škodu v případech, kdy existuje „přiměřený stupeň jistoty“ či „dostatečný stupeň pravděpodobnosti“.

Dle názorů autorů DCFR nelze v současné době stanovit žádné obecné pravidlo týkající se odpovědnosti za ztrátu šance. Nicméně pozitivní přístup k této teorii se odráží v konstatování, že obecná pravidla týkající se pojmu škoda ponechávají prostor pro to, aby pro účely mimosmluvní odpovědnosti byla ztráta šance považována za samostatnou formu škody. Pravidlo tedy umožňuje odchýlení se od principu „všechno nebo nic“. Budoucí vývoj konceptu ztráty šance však autoři ponechávají na soudech jednotlivých zemí a jejich rozhodování. Neobsahují tedy žádné doporučení či návod na spravedlivý postup řešení situací, ve kterých by bylo možné přistoupit k aplikaci teorie ztráty šance.

9 Možné přínosy teorie ztráty šance

9.1 Zhodnocení teorie

Cílem této práce bylo podrobněji poznat teorii ztráty šance tak, jak ji v minulosti a hlavně v současnosti upravují vybrané právní řády jednotlivých zemí. Dále bylo mým zájmem zjistit, jak tento koncept uchopily skupiny mezinárodních odborníků podílejících se na tvorbě Principů evropského deliktního práva a Evropského návrhu společného referenčního rámce. Důležitou snahou ale bylo určit, jaké možnosti nabízí české právní prostředí při aplikaci teorie ztráty šance, označit případné překážky, které v současné době brání jejímu využití a zjistit, jestli by případné přijetí možnosti aplikace teorie ztráty šance v českém právním řádu mohlo být prospěšné s ohledem na spravedlivé rozložení odpovědnosti mezi škůdce a poškozeného a právní jistotu. K tomu, aby soudy mohly přiznat poškozenému právo na náhradu šance, kterou ztratil v důsledku protiprávního jednání škůdce, je třeba v právním řádě vytvořit vhodné podmínky. Nejdříve je třeba analyzovat platné právní předpisy a identifikovat možné překážky. Poté je třeba zjistit, jedná-li se o překážky, které nelze překlenout ani za pomoci výkladu nebo důrazu na obecné právní principy (např. princip proporcionality, spravedlivého řešení, atd.). Existují-li však takové překážky, které nelze odstranit ani při použití uvedených postupů, je nutné ptát se na jejich odůvodněnost, smysl a případně i jejich soulad či nesoulad s moderním vývojem v dané právní oblasti. Při bližší analýze našeho právního řádu se jako největší potencionální problémy související s aplikací teorie ztráty šance jeví prokazování příčinné souvislosti a problémy s tím spojené, a případně i pojetí ztracené šance jako zvláštní formy škody.

Na pozadí teorie ztráty šance stojí myšlenka, že v určitých případech není spravedlivé, aby ztrátu šance na lepší výsledek, či vyhnutí se nepříznivému výsledku, nesl poškozený. Zvláště pak, je-li důvodem nemožnosti uplatnění nároku pouhá nejistota či objektivní nemožnost prokázání příčinné souvislosti či výše újmy. Navíc ona nejistota a nemožnost bývají často způsobeny právě škůdcem. Mnoho právních řádů tedy zaujalo postoj, že za splnění určitých podmínek se škůdce musí na náhradě škody podílet v poměru svého přičinění na vzniku celé újmy. Z procesního hlediska je aplikace teorie odůvodnitelná zejména v oblasti systémů *common law*, neboť tam je v případě klasické odpovědnosti za škodu třeba prokázat existenci příčinné

souvislosti minimálně s 51% pravděpodobností. V případech, kdy šance byla od počátku 50 % či méně poškozený nemohl u soudu uspět, a to ani v případě hrubého a zjevného pochybení lékaře při poskytování zdravotní péče. Zdálo se nespravedlivé, aby poškozený, který přišel k lékaři s 51% šancí na uzdravení, mohl nárokovat 100% náhradu škody a pacient s 49% šancí nemohl ani při sebezávažnějším pochybení požadovat žádnou náhradu. Takové řešení nebylo spravedlivé a přínosné ani pro jednu stranu.

V systémech kontinentálního práva sice žádná hranice 50 % neexistuje, ale požadavky na dokazování příčinné souvislosti jsou náročné zase jiným způsobem. Dle českého práva musí být soudce vnitřně přesvědčen o pravdivosti tvrzené skutečnosti. Zda tento požadavek odpovídá absolutní jistotě, pravděpodobnosti hraničící s jistotou, nebo zda má ještě jiný obsah, je předmětem různých teoretických debat. České procesní předpisy nepřipouští ve specifických případech žádnou nižší míru důkazů, jak je tomu například v některých jiných právních řádech (např. Německo, Rakousko). V určitých případech ale dovolují obrácení důkazního břemene, a to především z důvodu ochrany slabší strany – např. spotřebitele ve sporech týkajících se nekalé soutěže nebo společníka ve sporech s obchodní korporací.¹⁹⁰ Nicméně v případech odpovědnosti za ztrátu šance se obrácení důkazního břemene nejeví jako vhodný nástroj, neboť to by zase kladlo přílišné nároky na žalovaného. Jde spíše o to připustit, že poskytovatel může odpovídat za ztrátu šance na lepší výsledek, kterou způsobil svým protiprávním chováním. Tedy že ztracená šance představuje určitou formu škody a že její vznik je třeba dát určitým způsobem do příčinné souvislosti s jednáním žalovaného. Bylo by pak úkolem soudce zvážit na základě pečlivě vypracovaných znaleckých posudků, jestli ztracená šance měla skutečně takovou kvalitu, že se zdá být spravedlivé za její ztrátu poskytnout náhradu. Dle mého přesvědčení lze uvést následující argumenty ve prospěch aplikace teorie ztráty šance:

- i. spravedlivější kompenzace pro pacienta i poskytovatele zdravotní péče v případě důkazní nejistoty o příčinách vzniku škody (tj. pacient nezůstane zcela bez náhrady a poskytovatel zase nemusí hradit celou újmu);

¹⁹⁰ Viz. § 4 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích.

- ii. nejistota se nepřesouvá automaticky do sféry poškozeného, ale projevuje se snaha ji odstranit a najít spravedlivé řešení;
- iii. motivace poskytovatelů zdravotní péče k předcházení vzniku škod, preventivní působení (škůdce se nemůže zbavit odpovědnosti argumentem, že k újmě by možná došlo i bez jeho přičinění, neboť poškozený byl již předtím nemocný, zraněný, atd.);
- iv. sankce pro poskytovatele za jeho protiprávní chování, jímž pacienta připravil o šanci na uzdravení či lepší výsledek;
- v. zvýšení právní jistoty poškozeného (v odůvodněných případech se domůže náhrady);
- vi. soulad s principem proporcionality při nahrazování škod na zdraví a požadavkem, aby přiznaná náhrada odpovídala způsobené újmě.

Teorie ztráty šance tedy přináší spravedlivější řešení v případech kauzální nejistoty, a to jak pro poškozeného, tak pro škůdce. Kritici flexibilnější úpravy žalob v oblasti zdravotní péče namítají, že soudní spory představují pro nemocnice a jiné poskytovatele zdravotní péče velké náklady, které se samozřejmě zobrazí ve výši pojistného a v konečné ceně zdravotní péče pro pacienta. V tomto ohledu se však plně ztotožňuji s názorem Ústavního soudu, který v souvislosti s širším pojetím odpovědnosti v případě újmy na zdraví říká, že *změna v pojetí odpovědnosti přímo finančně neohrozí systém poskytování zdravotní péče v České republice, naopak povede k jejímu dalšímu zkvalitňování*.¹⁹¹ V této souvislosti se také mluví o defenzivní medicíně. Tento pojem, původně používaný v USA, označuje situaci, kdy lékař postupuje při léčbě pacienta především tak, aby ochránil sebe sama před případnými žalobami. Indikuje tak často zbytečné úkony (další vyšetření, opakovaná vyšetření) a vynakládá zbytečné prostředky ze systému, a to z toho důvodu, aby se „kryl“ a mohl případně doložit, že pro záchranu pacienta učinil skutečně vše, co bylo v jeho silách. Přitom tyto úkony jsou často nadbytečné. Poskytovatelé zdravotní péče si stěžují, že je na ně vyvíjen přílišný tlak ze strany pacientů i médií. To samozřejmě také nepředstavuje ideální situaci. Důležité je tedy nastavit taková pravidla, která zajistí dostatečnou

¹⁹¹ Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

ochranu zájmů pacientů i lékařů a zároveň umožní ekonomicky hospodařit se systémovými prostředky.

Plně se ztotožňuji s názorem JUDr. Tomáše Holčapka, Ph.D., že dostatečně efektivní proces vynucení oprávněných nároků a pravidelné a důsledné uplatňování náhrady ze strany pacientů obecně povede k vyšší míře zachovávání právních povinností poskytovatelů zdravotní péče, neboť budou muset vzít v potaz náklady spojené s případnou odpovědností.¹⁹²

Dle mého názoru by určitá forma proporcionální odpovědnosti mohla ke zlepšení situace do určité míry přispět. Svým preventivním a sankčním působením může přispět ke zkvalitnění poskytování zdravotní péče. Lékař bude motivován k poskytování co nejlepších služeb tak, aby skutečná a vážná šance na uzdravení či zlepšení zdravotního stavu byla co nejlépe využita. Zároveň však nebude moci být shledán odpovědným za tu část újmy, která vznikla jinak, než jeho přičiněním.

Je-li z různých důvodů objektivně nemožné příčinnou souvislost stoprocentně prokázat, poškozený ztrácí spor a tím i jakoukoliv šanci na náhradu utrpěné škody. To je způsobeno jednak příčinami, které nelze zcela ovlivnit (tj. složitostí lidského organismu, nedostatečným poznáním v oblasti jeho fungování, atd.), ale také přísnými procesními standarty, které často poněkud nespravedlivě pracují ve prospěch silnější strany (lékaře, zdravotnického zařízení, atd.), jež má nejen nesrovnatelně vyšší povědomí a znalosti o zdravotní problematice, ale má k dispozici také většinu důkazních prostředků, jejichž poskytování soudu nemusí být vždy bezproblémové.

Dle mého názoru je tedy potřeba překonat teorii stoprocentní jistoty míry důkazů jako nesplnitelný požadavek. Prof. Tichý, který se zabýval prokazováním příčinné souvislosti v kontextu proporcionální odpovědnosti, považuje za rozumné řešení úpravu příčinné souvislosti v občanském zákoníku po vzoru PETL. Dále navrhuje novelizaci § 132 občanského soudního řádu a zavedení pravděpodobnosti jako přijatelné míry důkazů v případech deliktů odpovědnosti. Prof. Tichý je přesvědčen, že míru důkazů je třeba zredukovat na 60-80% pravděpodobnosti, namísto dnes vyžadované stoprocentní jistoty a úplného přesvědčení soudu.¹⁹³ Budeme-li teorii ztráty šance posuzovat druhým

¹⁹² HOLČAPEK, T.: Dokazování v medicínskoprávních sporech. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 212.

¹⁹³ TICHÝ, L.: Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu. In: TICHÝ, L. (ed.) et al.: Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod, s. 67.

pohledem a připustíme-li, že její podstata tkví nikoliv v otázce příčinné souvislosti ale v odlišném pojetí škody (tj. kdy škodu představuje samotná ztracená šance a nikoliv přímo újma na zdraví), pak v tomto ohledu její aplikaci českými soudy stojí v cestě zřejmě pouze překážka možného konzervativního přístupu v chápání pojmu škoda. Pojem škody je vykládán jako újma, která nastala v majetkové sféře poškozeného a která je objektivně vyjádřena všeobecným ekvivalentem (penězi). Škoda nemajetková ve smyslu odpovědnosti za škodu je újma vzniklá na zdraví (životě) poškozeného (bolestné, ztížení společenského uplatnění, újma vzniklá usmrcením poškozeného)¹⁹⁴. Domnívám se však, že uvedené pojetí nemajetkové škody nevyklučuje považovat za ni i ztracenou šanci. Osobně nevidím velký rozdíl mezi újmou ve formě ztráty klientely nebo ztráty potencionálního zisku. Ani to, že škodu nelze přesně vyčíslit není při rozhodování o výši náhrady na překážku, jak je patrné z § 136 OSŘ, z judikatury soudů a koneckonců i z nového občanského zákoníku.

Pro případné využití teorie ztráty šance je důležité posouzení, mezi jakými skutkovými okolnostmi má být příčinná souvislost zjišťována¹⁹⁵. Pokud se ztotožníme s tím, že ztracená šance představuje sama o sobě určitou formu škody, pak se otázka existence kauzálního nexu nejeví jako složitá. Dokázat, že poškozený ztratil svoji šanci na lepší výsledek právě kvůli protiprávnímu jednání lékaře je mnohem snazší než dokázat to samé ve vztahu k celkové újmě na zdraví, která může mít příčin několik a jednání lékaře může být jen jednou z nich. Procesní postavení žalobce by se tím značně ulehčilo.

9.2 Podmínky pro aplikaci teorie ztráty šance

Domnívám se, že aplikace teorie ztráty šance je v určitých případech odůvodněná. To platí zejména v oblasti poskytování zdravotní péče, kde je třeba chránit zájmy pacienta jako slabší strany a usnadnit mu dokazování v případě zanedbání lékařské péče. V ostatních oblastech, jako je například pracovní právo či zanedbání profesních standardů, lze uplatnit jiné mechanismy, jako třeba obrácení důkazního břemene. Nicméně i v případě zdravotní péče je třeba nastavit určité podmínky tak, aby možnost získat náhradu za ztracenou šanci na lepší výsledek byla pro poškozeného

¹⁹⁴ HENDRYCH D.: Právní slovník. 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009.

¹⁹⁵ K tomu např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 4. 2007, sp. zn. 25 Cdo 1200/2007.

pacienta efektivní. Dále je třeba brát ohledy také na systém poskytování zdravotní péče, včetně pojištění poskytovatelů, a zvážit je nutné též pravděpodobnost zvýšení počtu žalob a s tím související problémy.

Uvedené důvody mě vedou ke stanovení následujících podmínek, za nichž je možné využít teorii ztráty šance v případech odpovědnosti za újmu na zdraví:

- (i) poskytovatel zdravotní péče nejednal *lege artis*;
- (ii) pochybení lékaře nebylo jedinou příčinou újmy žalobce (poškozený pacient měl již na počátku určitou predispozici – byl nemocný, zraněný, atd.)
- (iii) existovala šance na lepší výsledek, kterou žalovaný zmařil;
- (iv) ztracená šance dosahuje určitých kvalit, tj. dle zahraničních vzorů musí být alespoň vyšší než zanedbatelná, nesmí být čistě spekulativní, musí být určitá, skutečná, a podobně;
- (v) žalovaný svým jednáním či opomenutím zmařil buď celou šanci, nebo její část;
- (vi) v době projednávání před soudem je již možné konstatovat vznik škody, tj. skutečně ztracenou šanci.

Poslední podmínka souvisí s požadavkem českého práva na existenci škody v době projednávání nároku před soudem. V době uplatnění nároku na náhradu škody totiž musí škoda již existovat v objektivně vyjádřitelné podobě, nikoliv pouze hypoteticky. I zde je tedy zřejmě třeba počítat s nezastupitelnou úlohou znaleckých posudků, které prokazují vznik újmy na zdraví, případně i její rozsah.

Jak je již uvedeno výše v této práci, teorie ztráty šance v určitých ohledech připomíná proporcionalní odpovědnost. Jestliže tedy teorie ztráty šance v českém právním systému své místo nenajde, bylo by snad možné některé její aspekty aplikovat právě prostřednictvím proporcionalní odpovědnosti. Za velmi zajímavé považuji ustanovení § 2925 ObčZ, který upravuje škodu způsobenou provozem zvlášť nebezpečným. Tento druh odpovědnosti je velmi specifický a jeho právní úprava zohledňuje nejen zvýšené nebezpečí vzniku škody, ale i potencionálně velký rozsah těchto škod a důležitost chráněných statků. Soud zaváže provozovatele k náhradě škody v takovém rozsahu, který odpovídá pravděpodobnosti způsobení škody provozem, je-li důvodně možné poukázat i na jiné možné příčiny. Úprava tedy připouští odpovědnost i za škodu, která nemusí být provozem vůbec způsobená. Není zde nutné prokazovat

příčinnou souvislost mezi vzniklou škodou a provozem, ale pouze to, že provoz významně (další neurčitý pojem) zvýšil nebezpečí jejího vzniku. Zkusíme-li si tedy tento princip aplikovat na situaci lékař-pacient, pak bychom mohli ve druhém odstavci uvedeného § 2925 zaměnit situaci týkající se provozu za situaci týkající se protiprávního jednání škůdce. Tím bychom dostali následující znění:

Je-li z okolností zřejmé, že protiprávní jednání škůdce významně zvýšilo nebezpečí vzniku škody (újmy na zdraví), ačkoliv lze důvodně poukázat i na jiné možné příčiny, soud zaváže škůdce k náhradě škody v rozsahu, který odpovídá pravděpodobnosti způsobení škody jednáním škůdce.

Zdá se mi, že pokud by takováto úprava byla aplikovatelná pouze v případě závažné újmy na zdraví, kdy by protiprávní jednání bylo zjevně její významnou příčinou, a škůdce by se na odčinění újmy podílel pouze proporčně, pak by se jednalo o smysluplný způsob náhrady škody v případech objektivní či reálné nemožnosti prokázat příčinnou souvislost. Pokud uvedený koncept odpovědnosti je možné aplikovat v případě zvláště nebezpečného provozu, mohlo by být možné jej v určité pozměněné verzi aplikovat i na případy zdravotních zákroků.

9.3 Závěrem

Možnosti uplatnění teorie ztráty šance před českými soudy jsou v současné době velmi omezené. Požadavky na prokázání všech podmínek odpovědnosti za škodu – ať už se jedná o obecnou odpovědnost nebo jiný druh odpovědnosti, jsou dané a jakákoliv odchylka od zákonných ustanovení (případně i tam stanovených výjimek) není možná. Možnost, že ztracená šance by dle platného českého práva mohla být považovaná za druh škody, je také poměrně sporná. Důkazní standardy ohledně prokázání příčinné souvislosti jsou nastaveny poměrně striktně. Nicméně v souladu s názorem nejvyšší soudní instance v zemi jsou platné procesní požadavky na stoprocentní prokázání příčinné souvislosti *nereálné, nedosažitelné a neudržitelné*¹⁹⁶. V uvedeném usnesení Ústavní soud konstatuje, že českým soudům nic nebrání tento přísný požadavek přehodnotit a přijmout adekvátnější a realitě odpovídající výklad, a to vzhledem ke slabšímu postavení poškozených. *Judikatura nemůže být bez vývoje a není vyloučeno, aby (a to i při nezměněné právní úpravě) byla nejen doplňována o nové*

¹⁹⁶ Usnesení Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 1919/08.

interpretační závěry, ale i měněna, např. v návaznosti na vývoj sociální reality, techniky apod., s nimiž jsou spjaty změny v hodnotových akcentech společnosti.

Jak ale uvádí Ústavní soud¹⁹⁷ v dalším ze svých nálezů, je třeba k jakékoliv změně rozhodovací soudní praxe přistupovat opatrně *a při posuzování jednotlivých případů tak, aby nebyl narušen princip předvídatelnosti soudního rozhodování a aby skrze takovou změnu nebyl popřen požadavek na spravedlivé rozhodnutí ve smyslu respektu k základním právům účastníků řízení.*

Nový občanský zákoník v několika ohledech změnil úpravu odpovědnosti ve zdravotnictví. Zrušení odškodňovací vyhlášky, absolutní odpovědnosti za škodu dle § 421a ObčZ a jiné novinky zcela jistě ovlivní rozhodovací praxi soudů v oblasti nároků na odškodnění újmy na zdraví a nemajetkové újmy obecně. Příznivě se k teorii ztráty šance může stavět i náhrada škody v poměru k pravděpodobnosti jejího způsobení, jak je tomu v § 2925 (2) ObčZ. Na další vývoj může mít vliv i stále častější přijímání teorie ztráty šance v právních řádech jiných zemí, její uplatňování v rozhodování mezinárodních soudů a úprava této teorie v rámci evropských pokusů o kodifikaci deliktního práva (PETL, DCFR). Jelikož život a zdraví patří mezi nejvyšší hodnoty chráněné právem, je třeba využívat při jejich ochraně takových prostředků, které budou odpovídat právním zásadám moderního právního státu. Tyto zásady se pak odrážejí právě v judikatuře soudů vyspělých zemí a v mezinárodních kodifikacích, a je třeba, aby je následovala i Česká republika, pokud se chce řadit ke státům s vyspělou právní kulturou.

Dle mého názoru je odškodňování nemajetkové újmy v souvislosti s poškozením zdraví v českém právu i v dosavadní judikatuře českých soudů nedostatečné a procesní postavení slabší strany, tj. poškozeného pacienta, je značně znevýhodňující. Poškozený se velmi často ocitá v důkazní nouzi, a to ne zcela vlastní vinou. Příčinou je nejenom horší dostupnost důkazních prostředků (např. zdravotnické dokumentace), nižší znalost prostředí ale i objektivní překážky – nemožnost prokázání příčinné souvislosti tam, kde ji není možné objektivně zjistit žádnými prostředky. Je otázkou, zda v takových případech odpovídá požadavku právní ochrany těchto nejvyšších zájmů to, že požadavky na úroveň prokázání určitých skutečností jsou nastaveny nepřiměřeně vysoko. Podle mého názoru by bylo žádoucí, aby požadovaná míra důkazu byla

¹⁹⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 5. 8. 2010, sp. zn. II. ÚS 3168/09.

v souladu s tím, jaký důkaz lze vůbec v dané situaci předložit. Nemožnost získat náhradu za škodu na zdraví či životě pouze z důvodu chybného nastavení procesních pravidel je v právním statě nepřijatelná. Teorie ztráty šance nabízí v určitých, specifických případech řešení. Zkušenosti s její aplikací ve vybraných zahraničních právních řádech svědčí o tom, že v oblasti náhrady škody může najít své místo. Právní úprava pro její aplikaci by však musela být nastavena velmi obezřetně, neboť jistě není žádoucí ani její zneužívání tam, kde šance poškozeného na lepší výsledek byla zanedbatelná a protiprávní jednání škůdce nebylo zjevně hlavním faktorem pro vznik škody. Jsem ale přesvědčená, že v případech, kdy škůdce za škodu neodpovídá pouze z důvodu zjevné důkazní nouze ohledně příčinné souvislosti mezi jeho jednáním a škodou, by si soud při hledání spravedlnosti mohl vypomoci právě aplikací teorie ztráty šance. Jistě by to nebyla hojně využívaná možnost, nicméně by mohla přispět k efektivnějšímu vynucování oprávněných nároků.

Seznam použité literatury

Publikace

CÍSAŘOVÁ, D., SOVOVÁ, O. a kol.: Trestní právo a zdravotnictví. 2. upravené vydání, Praha: LexisNexis, 2004.

ELIÁŠ, K. a kol.: Občanské právo pro každého. Pohledem (nejen) tvůrců nového občanského zákoníku. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013.

HENDRYCH D.: Právní slovník. 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009.

HOLČAPEK, T.: Dokazování v medicínskoprávních sporech. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011.

KNAPPOVÁ M., ŠVESTKA J., DVOŘÁK J.: Občanské právo hmotné 2. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2005.

MACH J.: Medicína a právo. Praha: C.H. Beck, 2006.

POLICAR R., TĚŠINOVÁ J., ŽDÁREK R.: Medicínské právo. Praha: C. H. BECK C.H.BECK, 2011.

ŠVESTKA J.: Občanské právo hmotné. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2009.

ŠVESTKA J., SPÁČIL J., ŠKÁROVÁ M., HULMÁK M. a kol.: Občanský zákoník I, II, 2. vydání, Praha: C. H. BECK, 2009.

TICHÝ, L. (ed.) a kol.: Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod. Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze., 2010.

Odborné články

BERAN, K.: Trestní odpovědnost lékaře za chybu při ošetření pacienta. Trestněprávní revue, č. 1, 2006, s. 10.

CIBULKA K.: O některých otázkách trestního postihu ve zdravotnictví. Trestněprávní revue, č. 2010, s. 69.

DOLEŽAL T., DOLEŽAL A.: Otázky úpravy právní odpovědnosti zdravotnických pracovníků – několik úvah k aktuálním tématům. Právní rozhledy, č. 12, 2010, s. 436.

HOLČAPEK T.: Odpovědnost za ztrátu naděje, [online], [citováno 5.11.2013], dostupné z www.ipravnik.cz.

HUDEČEK R.: Dokazování přiměřenosti plnění povinností při provádění lékařského zákroku. Právní rozhledy, č. 5, 2000, s. 212.

JIRKA V.: K objektivní odpovědnosti za škodu na zdraví ve zdravotnictví de lege lata a de lege ferenda. Právní rozhledy, č. 10, 2007.

KING J.H.: Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale Law Review ,1981.

KMEC, J.: Ztráta (reálných) šancí: co to je? [online], [citováno 12.4.2013], dostupné z www.jinepravo.blogspot.com/2008/11/ztrta-relnch-anc-co-to-je.html>.

MACH, J.: Náhrada škody za újmu na zdraví. Bulletin advokacie, č. 1, 2000.

PELIKÁNOVÁ, I.: Odpovědnost za škodu – trendy a otázky, malý náhled do osnovy nového občanského zákoníku. Bulletin advokacie, č. 3, 2011, s. 15-23.

VLASÁK M.: Aktuální vývoj práva civilních deliktů napříč Evropou na pozadí mezinárodní konference „European Tort Law 2008“. Právní rozhledy, č. 13, 2009.

VOJTEK P.: Dvě otázky medicínského práva, pro něž bud nový občanský zákoník přelomový. Soudní rozhledy, č. 4, 2013.

WHITELEY M.: Quantum and loss of chance. [online], [citováno 3.4.2013], dostupné z www.lexology.com.

WINIGER B., KOZIOL H., KOCH B. A.: Digest of European Tort Law, Vol 1: Essential Cases on Natural Causation . Vídeň/New York: Springer 2007, s. 632.

Ostatní

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Principles of European Tort Law (PETL)

Důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku

Internetové zdroje

www.bailii.org

www.curia.europa.eu

www.cisg.law.pace.edu

www.echr.coe.int

www.casesdatabase.com

www.en.wikipedia.org

www.epravo.cz

www.findlaw.com

www.ipravník.cz

www.justice.cz

www.keatingchambers.co.uk

www.lawnix.com

www.lexology.com

www.lkcr.cz

www.nsoud.cz

www.obcanskýzakoník.justice.cz

www.parliament.uk

www.psp.cz

www.thetimes.co.uk

www.unilex.info

www.usoud.cz

www.yalelawjournal.org

Résumé

The main aim of my work was to introduce the loss of chance theory, examine its theoretical background and analyze questions related to its applicability in the Czech law system. Loss of chance theory is quite complicated and still evolving concept related to liability for damage. It originated in common law system, where courts use standard of proof known as „on the balance of probabilities“. However, in most continental law countries, the causation has to be established with 100 % certainty. But even though the position of the claimant in common law country is evidently easier, it still seems to be too strict in situations when claimant did not have more than 50 % chance to achieve a better outcome even without the defendant's wrongful act (for example in cases of cancer with poor prognosis). In these cases, according to classical approach to liability, the claimant has not been able to prove the causation between the wrongful act and his damage. The loss of chance theory offers a solution in cases with complicated evidence of causal link. Sometimes it is understood as doctrine related to the notion of damage, where the actual damage is represented by the lost chance itself and not the particular deterioration of health condition.

Situation in the Czech law with respect to advocating health care cases is definitely not satisfying. Requirement to establish all aspects of civil liability with 100 % certainty, difficulties with acquiring any evidence, low chance of success at the trial together with poor amounts of awarded damages mean that only very few patients are actually willing to bring their case to the court. It does not benefit patients, nor providers of health care. The situation has also been noticed by the Czech Supreme Court, which said that the applicable procedural law, especially requirements related to proving causality are unrealistic, unattainable and unsustainable. In my opinion, sensible application of loss of chance theory in Czech law would definitely help the situation and would contribute to more effective assessment of health care claims. However, despite the new civil code and related changes, the Czech applicable law currently does not allow the theory to be applied. The strict procedural standards related to causal link represent the major obstacle.

When researching the subject, I divided my work into nine main chapters. The opening chapter outlines historical developments of the theory and the following

chapter explores in details the theory and other concepts related to casual link in liability cases. Third and fourth chapters deal extensively with individual aspects of liability focusing on health care liability. Other areas of law where theory of loss of chance might be applied are discussed in fifth chapter. Variety of approaches of the courts from various jurisdictions is shown in chapter 6 and some interesting cases heard by the European Court of Justice are analyzed in the following chapter. I considered it important to have a closer look also at two important European collection of rules and principles - Principles of European Tort Law and Draft Common Frame of Reference.

The final chapter analyses current position of the Czech law with respect to possibilities of its application and eventual benefits that such application might bring.

Seznam klíčových slov

Seznam klíčových slov v jazyce práce:

1. ztráta šance
2. proporcionální odpovědnost
3. odškodné

Seznam klíčových slov v anglickém jazyce:

1. loss of chance
2. proportional liability
3. damages

